



Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2019/1

Autorzy

dr hab. Leszek Ćwikła, mgr Paweł Juściński, mgr Przemysław Juściński,
mgr Maciej Kawałko, mgr Mateusz Korzeniak, Adam Kozień,
Maciej Oczkowski, Michał Passon, Michał Różyczka,
mgr Mateusz Szurman, Jakub Tekielak, Maria Zadora

Skład i korekta językowa

Wydawnictwo Kasper
www.wydawnictwokasper.pl

Kolegium Redakcyjne

Annamaria Linczowska, Magdalena Michalska,
Michał Passon, Michał Różyczka, Grzegorz Serafin,
Maja Wisła-Szopińska (redaktor naczelna)

Adres redakcji

ul. Straszewskiego 25/9, 31–113 Kraków
internetowypp@gmail.com, <http://www.tbsp.wpia.uj.edu.pl/ipp>

Wydawca

Towarzystwo Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego
ISSN 1689–9601

Spis treści

Leszek Ćwikła	
Legal Aspects of Territorial Restrictions in Water Tourism due to Environmental Protection	5
Michał Passon	
Judicial Review of Recommendations Based on the Case of <i>Belgium v Commision</i>, C-16/16 P, 20th February 2018	15
Michał Różyczka	
Ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniu cywilnym – zagadnienia wybrane	26
Przemysław Piotr Juściński	
Czy androidy śnią o prawach autorskich? Twórczość kreatywnych robotów w świetle aktualnych przepisów prawa autorskiego na bazie przypadku <i>The Next Rembrandt</i>	37
Paweł Juściński	
Prawo do publicznego udostępniania utworów w świetle wyroku TSUE w sprawie <i>Stichting Brein przeciwko Ziggo</i>	54
Maciej Kawałko	
Możliwość stosowania europejskiego nakazu aresztowania w odniesieniu do sprawców przestępstw politycznych	73
Mateusz Korzeniak, Mateusz Szurman	
Przypadek przedsiębiorstwa jako nowy środek reakcji karnej	91

Maria Zadora, Maciej Oczkowski

**O specyfice umownego prawa pierwszeństwa nabycia udziałów
lub akcji w spółkach kapitałowych 107**

Jakub Tekielak

**Odpowiedzialność cywilna za szkody jądrowe jako szczególny
reżim odpowiedzialności deliktowej w polskim
porządku prawnym – aspekty konwencyjne i ustawowe.....117**

Adam Kozień

**Pogranicza ochrony zabytków nieruchomych oraz dóbr kultury
współczesnej w planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym.... 132**

Leszek Ćwikła¹

Legal Aspects of Territorial Restrictions in Water Tourism due to Environmental Protection

Abstract:

The article analyzes current legal status regarding territorial restrictions in practicing water tourism due to protection of the natural environment. Moreover, case law concerning this area and views of doctrine are presented. The subject matter has not been scientifically researched yet. Nevertheless, it is important due to a significant increase in the interest in this form of leisure in recent years.

Key words: tourism, water tourism, quiet area outside agglomeration, silence zone

1. Introduction

It is widely known that surface waters have a significant recreational value. After years of stagnation, water tourism, enabling direct contact with the forces of nature, such as water and wind, has started to develop. It is mainly connected with lifestyle changes and preferences of society regarding forms of tourism².

¹ Professor at The Faculty of Law and Social Sciences in the Stalowa Wola Campus of John Paul II Catholic University of Lublin, Institute of Law and Economic Sciences.

² The concept of „water tourism” relates to any form of free time activity, such as canoeing (lowland), mountain canoeing, sea canoeing (canoe sailing), inland sailing (river or lake), sea sailing, inland board sailing, sea board sailing, increasingly known as windsurfing (when the board is equipped with a sail; in kitesurfing the board is powered by a kite-paraglider, in bodyboarding the slide on the board is in a prone position), iceboating, rowing, water skiing, wakeboarding. A part of water tourism is motorboating – inland and marine (motorboating tourism is practiced on boats with mechanical engines as the main driving force and on canoes, rowboats and sail boats, in which the engine is an auxiliary drive). There is also a growing interest in barging, which involves traveling by barge – a type

In Poland everyone has equal right to make use of the water³. This principle refers to the use of inland public surface waters, i.e. waters that are the property of the State Treasury or local self-government entities, inland sea waters with inland sea waters of the Gulf of Gdańsk and territorial sea waters. With the permission of the owner, non-public waters are also allowed to be used. The range of public waters usage includes leisure and engagement in water tourism.

The Constitution of the Republic of Poland of 2nd April 1997⁴ ensures every citizen equal access to the natural environment. However, the state and citizens shall care for the quality of the environment. The state and every citizen shall be held responsible for introducing any changes in the environment as a result of the use of its resources and causing its degradation due to economic activities and social activities⁵.

Therefore, not all water areas, even if they are areas attractive for visitors, can be used for water-based tourism. Significant restrictions may be imposed as well. Areas

of flat-bottomed motor yacht. Rafting and canoe-kiting are gaining more and more supporters. See J. Merski, J. Warecka, *Turystyka kwalifikowana, turystyka aktywna*, Warszawa 2009, p. 222, 244–245. It should be noted that there is some terminological chaos in legislation – in some legal acts the term „water sports” is used instead of the „water tourism” term.

³ See: art. 32 of the Act of 20th July 2017 on Water law (consolidated text: Journal of Laws of 2018, item 2268, as amended).

⁴ Journal of Laws, No. 78, item 483, as amended.

⁵ The attitude of the state to the natural environment is determined mainly in art. 5, article 68 subsection 4 and art. 74 subsections 1, 2 and 4 of the Constitution. In art. 5 the basic functions of the state were listed, including the protection of natural environment pursuant to the principles of sustainable development. This means that all public authorities should take it into account in their activities. Sustainable development means „the socio-economic development”, in which there is a process of the integration of political, economic and social activities, with the balance of nature and the sustainability of core processes, in order to guarantee the possibilities to meet the basic needs of the individual community or nationals of both „the present generation and future generations”. See: art. 3 point of the act of 27th April 2001 on the Environmental Protection Act (consolidated text: Journal of Laws of 2018, item 799, as amended, further: the Environmental Protection Act). Policies, strategies, plans or programs regarding i.a. tourism should take into account the principles of the environmental protection and sustainable development (*ibidem*, art. 8). As for the principle of sustainable development – in accordance with the view expressed by the Provincial Administrative Court in Gorzów Wielkopolski – The Judgement of 25th March 2009, II SA/Go 825/08, LEX no. 526352 – it serves as an interpretation directive when doubts arise as to the scope of duties, the type of duties and the manner of their implementation by law enforcement authorities. More on the principle of sustainable development see: D. Pyć, *Prawo zrównoważonego rozwoju*, Gdańsk 2006; D. Pyć, *Filozofia prawa zrównoważonego rozwoju*, Gdańskie Studia Prawnicze 2007, vol. XVIII; Z. Bukowski, *Zrównoważony rozwój w systemie prawa*, Toruń 2009, p. 455–458. Art. 68 subsection 4 of the Constitution imposes on public authorities i.a. the obligation to prevent the negative health consequences of degradation of the environment, and art. 74 subsection 1 obliges them to pursue policies ensuring the ecological security of current and future generations, subsection 2 considers environmental protection to be an obligation of public authorities, subsection 3 grants everyone the right to be informed of the quality of the environment and its protection, subsection 4 obliges public authorities to support the activities of citizens to protect and improve the quality of the environment. Pursuant to art. 86, everyone shall care for the quality of the environment and shall be held responsible for causing its degradation. The principles of such responsibility shall be specified by statute. More on this subject see: Z. Bukowski, *Konstytucyjne podstawy obowiązków państwa w zakresie ochrony środowiska*, *Prawo i Środowisko* 2002, no. 4, p. 63–73.

with the highest natural features are primarily considered. Their exclusion from public use aims at reducing the pressure on them from tourism (national parks, preserves, tourist areas with low environmental absorption capacity).

2. Limitations resulting from the Provisions of the Nature Conservation Act

The Polish legislator, while implementing the constitutional obligation to care for the condition of the natural environment, places requirements in the field of environmental protection among others in legal regulations establishing special protective regimes, the so-called area forms of nature conservation. Water routes as well as natural or artificial water reservoirs are very often located in legally protected areas, e.g. national parks, nature preserves, landscape parks or areas belonging to the Natura 2000 network. Therefore, tourists who use them, must comply with regulations relating to a specific form of nature protection.

The normative act that is of primary importance for territorial nature protection is the Act of 16th April 2004 on Nature Conservation⁶. According to its regulations, it is forbidden to disturb the silence in national parks and nature preserves. For those who engage in water sports, this means i.a. the ban on using loudly playing sound systems (e.g. radios) on a vessel or on the banks of lakes and rivers, as well as loud behavior of the crew. In addition, it is forbidden to use motor boats and other motor equipment. Water sports and motor sports, swimming and sailing are not permitted, except for reservoirs or trails designated by the director of a national park, and in the nature preserve, by the regional director for environmental protection⁷. The prohibition of the use of mo-

⁶ Consolidated text: Journal of Laws of 2018, item 1614, as amended.

⁷ See: *ibidem*, art. 15 subsection 1 point 20 and 21. E.g. see: § 1 points 5-7 and § 2-4 of the Ordinance no. 30/2012 of the Director of the Wolin National Park of 6th June 2012 (02-49-1/12) on designating places and areas where exceptions to the prohibitions set out in the act of 16th April 2004 on nature conservation were allowed, <http://www.bip.wolinpn.nv.pl/Article/get/id,14739.html>, 15.02.2019; § 4 subsection 1 point 2 of the Ordinance no. 13/2015 of the Słowiński National Park of 16th March 2015 on the rules and fees for providing the Słowiński National Park for educational, tourist, recreational and sports purposes, as well as for photographing and filming, <http://bip.slowinskipn.pl/images/download/prawo/132015.pdf>, 15.02.2019; § 3 of the Ordinance no. 31/2015 of the Director of the Biebrza National Park of 31st December 2015 regarding the ways of making the areas of the Biebrza National Park available for tourism purposes, <http://www.bip.biebrza.org.pl/plik,3454,zarzadzenie-dyrektora-bbpn-no.-31-2015-z-dnia-31grudnia-2015-r-w-sprawie-sposobow-udostepniania-obszarow-bbpn-w-celach-turystycznych.pdf>, 15.02.2019; attachment no. 1 to the Ordinance no. 2/2014 of the Director of the Pieniny National Park of 14th January 2014 on tourist routes, reservoirs and ski slopes made available for tourism, <http://www.pieninykn.pl/files/img/fck/8910195/pieninskipn/File/zarzadzenie%20202014.pdf>, 15.02.2019; <http://www.pieninykn.pl/files/img/fck/8910195/pieninskipn/File/zalacznik%20do%20zarzadzenia%20202014.pdf>, 15.02.2019; the Ordinance no. 31/11 of the Regional Director for Environmental Protection in Poznań of 1st September 2011 regarding the designation of a waterway in the „Ślona” nature preserve (Official Journal of Laws of the Wielkopolska Province No. 274, item 4378); the Ordinance no. 30/11 of the Regional Director for Environmental Protection in Poznań of 1st September 2011 regarding the designation of a waterway in the „Wełna” Nature Preserve (Official Journal of Laws of the Wielkopolska Province No. 274, item 4377). Until 15th November 2008, i.e. the date of the amendment of the Act took force, reservoirs or waterways in nature preserves

tor boats and other types of motor equipment on open water reservoirs in landscape parks can be introduced as well⁸. The ban may be introduced by the regional assembly by a resolution (if the landscape park is in more than one province, the introduction of prohibitions takes place through the adoption of an unanimous resolution of relevant regional assemblies)⁹. Areas and places available for water tourism should be indicated in the conservation plan for a national park, nature preserve or landscape park. The plan should also specify the ways to share them¹⁰.

The prohibition or restriction of water tourism may also refer to the Natura 2000 site. In accordance with the provisions of the Act, it is forbidden to undertake actions that may „significantly affect the conservation objectives of the Natura 2000 site in a negative way, thus worsening the condition of natural habitats or habitats of plant species and animals for which protection the Natura 2000 site has been designated or have a negative impact on species for which the Natura 2000 site has been designated, or to worsen the integrity of the Natura 2000 site or its links with other sites”¹¹. Possible restrictions should be included in the conservation plan or protection plan for the Natura 2000 site¹².

Local statutory provisions are specified in local legal acts having an executive and complementary character in relation to the Act. They refer to specific legally protected areas. In practice, local regulations often raise a lot of controversy. For example, by means

where motor boats and other motorized equipment may be used, water sports, motor sports, swimming and sailing are allowed, were designated by the Voivode by means of a regulation. For example, see: the Regulation no. 46/08 of the Voivode of the Podkarpace Province of 14th November 2008 on the designation of the navigable route in the nature preserve „Wisła pod Zawichostem” (Official Journal of Laws of the Podkarpace Province No. 89, item 2016).

⁸ Art. 17 subsection 1 point 14 of the Act on Nature Conservation.

⁹ For example, see: § 4 subsection 1 point 13 of the act no. XXXVII/499/14 of the West Pomerania Regional Assembly of 24th June 2014 regarding the Drawsko Landscape Park (Official Journal of Laws of the West Pomerania Province, item 2929, as amended). Until 1st August 2009, i.e. the date of the amendment to the Act entering into force, the ban on the use of motor boats and other motor equipment on open water reservoirs in the landscape park was introduced by the Voivode by a regulation. For example, see: § 3 subsection 1 point 13 and subsection 2 of the regulation no. 9 of the Voivode of the Warmia-Masuria Province of 26th January 2006 on the Masuria Landscape Park (Official Journal of Laws of the Warmia-Masuria Province, No. 20, item 506); § 3 subsection 1 point 13 of the regulation of the Voivode of the Lower Silesia Province of 28th March 2007 on the Barycz Valley Landscape Park, for the areas located in the Lower Silesia Province (Official Journal of Laws of the Lower Silesia Province, No. 88, item 1012, as amended); § 3 subsection 1 point 11 and subsection 3 of the Regulation no. 37 of the Voivode of the Warmia-Masuria Province of 27th September 2005 on the Iława Lake District Landscape Park regarding the part located in the Warmia-Masuria Province (Official Journal of Laws of the Warmia-Masuria Province, No. 140, item 1649, as amended); § 3 subsection 1 point 13 and subsection 4 of the regulation no. 2/09 of the Voivode of the Wielkopolska Province of 8th May 2009 on creating the Gopło Millenium Landscape Park in the Wielkopolska Province (Official Journal of Laws of the Wielkopolska Province No. 112, item 1798).

¹⁰ Art. 20 subsection 3 point 5 and subsection 4 point 5 of the Act on Nature Conservation.

¹¹ *Ibidem*, art. 33 subsection 1.

¹² Plans for conservation tasks and protection plans for Natura 2000 sites are available on the websites of regional directorates for environmental protection.

of a resolution of the Pomerania Regional Assembly, a ban on the use of motor boats and other motor equipment on open water reservoirs in the Coastal Landscape Park – covering in addition to the land area, a part of the area of the Inner Gulf of Puck – was introduced in 2011¹³. In 2013, the Shipowners' Association appealed to the regional assembly for removing the breach by repealing the indicated act in the part concerning the introduced ban. It was argued that the Pomerania Province does not include the Gulf of Puck reservoir, and therefore, the assembly exceeded its local jurisdiction, which results in the invalidity of the provisions relating to this waterbody¹⁴. The situation was so complicated because, according to art. 153 of the Nature Conservation Act, forms of nature protection created or introduced before its entry into force, became forms of nature protection within the meaning of this Act, and the Coastal Landscape Park was established in 1978. On 3rd April 2014, the Director of the Maritime Office in Gdynia issued a maintenance regulation no. 5 on the conditions for safe shipping in the maritime area of the Inner Gulf of Puck¹⁵. The movement of vessels sailing on the Gulf of Puck was regulated there. Although the act of the regional assembly was in conflict with the maintenance regulation, it was not changed. By Judgment of 20th July 2017, the Province Administrative Court in Gdańsk annulled the part regarding par. 3 point 14 of the act, which was the prohibition of use of motor boats and other motor equipment¹⁶.

Respecting the prohibitions included in the Nature Conservation Act is guaranteed by the provision of art. 127 of the Act, stating that their intentional violation is punishable by arrest or a fine¹⁷. It should be noted that the doctrine criticizes the current legal status and the exclusion of the responsibility of the perpetrator of an offense committed unintentionally. Therefore, it must be proved that the potential perpetrator had been aware of the limitations applicable to a specific natural area and that they deliberately violated them, which in some cases may be difficult. *De lege ferenda* it is proposed to extend the scope of responsibility to cases where the offense is committed unintentionally as well¹⁸. In turn, according to art. 129 point 1 of the Act, in the event of punishing for the offense specified in art. 127, the court may order the forfeiture of objects used to commit an offense, even if they were not the property of the perpetrator, which in this case means the forfeiture of a vessel, also chartered.

¹³ See: § 3 point 14 of the resolution no.142/VII/11 of the Pomerania Regional Assembly of 27th April 2011 on the Coastal Landscape Park (Official Journal of Laws of the Pomerania Province No. 66, item 1457).

¹⁴ <http://www.saj.org.pl/aktualnosci/121-zatoka-pucka-zamknieta-dla-zeglarzy-5.html>, 15.02.2019.

¹⁵ Official Journal of Laws of the Pomerania Province, item 1416; Official Journal of Laws of the Warmia-Masuria Province, item 1492.

¹⁶ See: the Judgment of 20th July 2017, the Province Administrative Court in Gdańsk, II SA/Gd 367/17 (Official Journal of Laws of the Pomerania Province, item 3710).

¹⁷ The amount of penalties imposed has been regulated in art. 19 (for a custodial arrest) and in art. 24 § 1 (for a fine) of the Act of 20th May 1971 – Petty Offences' Code (consolidated text: Journal of Laws of 2018, item 618, as amended), further: Petty Offences' Code.

¹⁸ K. Gruszecki, *Komentarz do art. 127 ustawy o ochronie przyrody* [in:] *Ustawa o ochronie przyrody. Komentarz*, Warszawa 2013, LEX No. 153945; R. Łyżwa, *Ochrona zasobów, tworów i składników przyrody*, Prawo i Środowisko 2012, no. 2, p. 67.

Under the Regulation of the Prime Minister of 25th April 2005¹⁹, park guards in a national park or other employees of a national park, who are entitled to the powers of the park guard, obtained the right to impose fines for the offense specified in art. 127 by way of a fine between PLN 20 to PLN 500. A fine may be also given by the Police officer²⁰.

3. Limitations resulting from the Provisions of the Environmental Protection Law

One of the elements of environmental protection is the protection against noise – any acoustic disturbance which decreases the environment's quality and the quality of life of inhabitants. The duty of members of the European Union to undertake actions in this area arises from the provisions of Directive 2002/49/EC of the European Parliament and of the Council of 25th June 2002 relating to the assessment and management of environmental noise²¹. By fulfilling this obligation, the Polish legislator made an amendment to the Environmental Protection Act in 2005, i.a. by introducing in art. 3 point 10b, the term „quiet area in open country”, which shall mean an area that is undisturbed by noise from recreational activities. This area is designated by a district council. The council adopts a resolution, after prior reconciliation of its design with the appropriate head of a commune, mayor or president of the city. Adopting the resolution should be dictated by the special needs of noise protection. The resolution must contain requirements ensuring that the noise level is maintained at least at the existing level. The content of the resolution must be considered when drawing up the local zoning plan and when issuing decisions on land development and land use conditions (art. 73 and 118b of the Act).

The amended act also gives the opportunity to determine the so-called silent zones, where there is a restriction or prohibition of the use of vessels powered by engine. According to art. 40 of the Act of 5th June 1998 on district government²² and art. 116 subsection 1 of the Environmental Protection Law, a district council may, by a resolution, introduce restrictions or prohibitions on the use of some vessels²³. The legal prerequisite for adopting a resolution is to ensure „appropriate acoustic conditions on areas designated for recreation and leisure”. However, the legislator has not defined this concept, which may cause difficulties in interpretation. There are discrepancies in judicial decisions regarding whether in this case it is possible to use the Regulation of the Minister of Environment of 14th June 2007 on permitted noise levels

¹⁹ See: § 2 point 2 of the Regulation of the Prime Minister of 25th April 2005 on assigning Park Guard officers to national parks and other employees of national parks with powers of a Park Guard officer, the right to impose fines by way of a penalty ticket (Journal of Laws No. 74, item 648).

²⁰ See: art. 95 § 1 of the Act of 24th August 2001 Petty Offences Procedure Code (consolidated text: Journal of Laws of 2018, item 475, as amended).

²¹ OJ EC L 189, p. 12, as amended and OJ EC L, Polish Special Edition: Ch. 15, Vol. 7, p. 101.

²² Consolidated text: Journal of Laws of 2018, item 995, as amended.

²³ Before 1st January 1999, that is the date of entry into force of the administrative reform, the zone of silence was designated by the Voivode by means of a regulation.

in the environment²⁴, in which in § 1 point 1(e) i.a. permitted noise levels for areas intended for recreation and leisure were specified²⁵. In addition, according to the case law, the coming into existence of a resolution should be preceded by arrangements referring to whether there are suitable acoustic conditions in the recreation and leisure areas located in a given district or not. Any other motives that would even objectively justify the imposition of restrictions, the district council is not entitled to exceed the limits of the statutory authority to pass resolutions within the scope specified in the provision²⁶. Running and standing waters may be covered by the limitation or prohibition of the use of vessels²⁷.

According to art. 116 subsection 4 of the Act of The Environmental Protection Law, restrictions placed by a district council cannot apply to vessels, the use of whom is necessary for public safety or for the maintenance of watercourses and reservoirs. The doctrine reasonably points out that in art. 116 subsection 4 the legislator did not introduce any exclusions of a subjective nature, exempting vessels belonging to certain services (such as the Police, Water Volunteer Rescue Service or the State Fishing Guard) from the ban, but pointed out the vessels used for achieving the objectives listed in this provision. This means that what is important, is the purpose, for which a given vessel is used, not its ownership. Therefore, the group of entities exempted from restrictions should be defined in the same way by local law provisions (therefore, there are no grounds

²⁴ Consolidated text: Journal of Laws of 2014, item 112.

²⁵ See: the Judgment of 23rd March 2016, the Province Administrative Court in Gorzów Wielkopolski, II SA/Go 889/15, LEX no. 2029463; the Judgment of 15th June 2010, the Province Administrative Court in Białystok, II SA/Bk 791/09, LEX no. 649527.

²⁶ See: Judgment of 23rd March 2016, the Province Administrative Court in Gorzów Wielkopolski, II SA/Go 889/15, LEX no. 2029463. The same position was taken by the Province Administrative Court in Rzeszów in the Judgment of 24th August 2017 II SA / Rz 556/17, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/3E675BEF60>. The resolution of the District Council of Lesko of 16th June 2011 No. IX.47.2011 (amended in October 2014) on the prohibition of the use of engine-powered vessels in the area of Solińskie and Myczkowskie Lakes was annulled. In stating the grounds for its decision, the court explained that justification for the resolution indicate that the council was not intended to ensure appropriate acoustic conditions but established quantitative limits for engine-powered vessels arbitrarily. Adoption of the resolution should be preceded by arrangements referring to whether there are suitable acoustic conditions in the recreational and leisure areas located in a given district or not. The resolution and debate on its draft do not indicate the public authority's intention on this matter. There is no indication of the noise level in recreational areas around lakes before the adoption of the contested resolution, the extent to which the level of this noise was influenced by the number of vessels sailing on them and the way the noise level will be reduced as a result of adopting the resolution. Accordingly, art. 116 of the Act of The Environmental Protection Law cannot be a basis for establishing quantitative limits for engine-powered vessels. Therefore, the public authority has exceeded its competences.

²⁷ Inland running waters are waters in natural watercourses and springs, where these watercourses start, in lakes and other natural water reservoirs with continuous or periodic natural inflows or outflows of surface waters, in artificial water reservoirs located on running waters and in canals. Inland standing waters, in turn, are inland waters in lakes and other natural water reservoirs not directly and naturally related to inland surface running waters. See: art. 22 and 23 subsection 1 of the Act on Water Law.

for introducing individual exemptions, regardless of who they may concern)²⁸. This viewpoint has also been approved by the case law²⁹.

The solutions adopted by the district council should consider the forms of nature protection designated in a given district, because restrictions and prohibitions introduced by the provisions of the Nature Protection Act are legally binding and only the bodies indicated in the act may repeal or introduce them within the statutory authority. If a district council regulated these issues in a resolution, it would fall outside its competence, regulating issues that should not be regulated by a district council³⁰.

In the case of navigable inland waters, restrictions or prohibitions on the use of vessels or some of their types are imposed, by means of a regulation, by the minister in charge of environmental protection, in agreement with the minister in charge of transport (art. 116 subsection 2 of the Environmental Protection Act). Nevertheless, this type of regulation has not been issued so far. A detailed layout of navigable waters was defined in the Regulation of the Council of Ministers of 7th May 2002 on the classification of inland waterways³¹.

The so-called silence zones are mainly created in lake districts³², although they also occur in other areas of the country in significantly smaller numbers³³. It should be noted here that the establishment of such zones is not always accepted by residents, especially those who use areas included in the protective zone³⁴.

²⁸ K. Gruszecki, *Komentarz do art. 116 ustawy – Prawo ochrony środowiska* [in:] *Prawo ochrony środowiska. Komentarz*, Warszawa 2016, LEX No. 491519; G. Klimek, *Glosa do wyroku WSA w Olsztynie z 04.09.2012 r. II SA/Ol 511/12*, Przegląd Prawa Ochrony Środowiska 2012, no 3, p. 147-155.

²⁹ See: the Judgment of 3rd December 2014, the Province Administrative Court in Gorzów Wielkopolski, II SA/Go 792/14, LEX no. 1602371; the Judgment of 19th April 2013, the Province Administrative Court in Gliwice, II SA/Gl 1481/12, LEX no. 1316748; the Judgment of 4th September 2012, the Province Administrative Court in Olsztyn, II SA/Ol 511/12, LEX no. 1258738; the Judgment of 8th March 2012, the Province Administrative Court in Olsztyn, II SA/Ol 119/12, LEX no. 1125581; the Judgment of 30th September 2010, the Province Administrative Court in Olsztyn, II SA/Ol 619/10, LEX no. 707457; the Judgment of 25th February 2010, the Province Administrative Court in Olsztyn, II SA/Ol 44/10, LEX no. 666061; the Judgment of 28th October 2008, the Province Administrative Court in Kraków, III SA/Kr 354/08, LEX no. 505862.

³⁰ See: the Judgment of 7th March 2013, the Province Administrative Court in Poznań, IV SA/Po 1148/12, LEX no. 1303726.

³¹ Journal of Laws No. 77, item 695.

³² In the Warmia-Masuria Province 158 zones were designated (in the Szczycno District – 21, in the Pisz District – 6, in the Nowe Miasto District – 28, in the Olecko District – 12, in the Gołdap District – 7, in the Mrągowo District – 6, in the Nidzica District – 7, in the Ostróda District – 8, in the Giżycko District – 10, in the Olsztyn District – 8, in the Elk District – 45). They mostly include lakes where there is a total ban on the use of motor boats and motor equipment, water sports and motor sports. The data is taken from S. Bernat, *Strefy ciszy w krajobrazie rekreacyjnym* [in:] *Krajobrazy rekreacyjne – kształtowanie, wykorzystanie, transformacja*, ed. A. Richling, Biała Podlaska 2010, p. 40. See: also the list of lakes banned from the use of combustion engines in Masuria, <http://mazury.info.pl/zeglarstwo/strefa-ciszy/>, 15.02.2019.

³³ See: resolutions of district councils: <http://dziennikiwojewództwie.pl/AbcKeywordsActs.aspx?ID=160>, 15.02.2019.

³⁴ See: the ruling II SA/Rz 226/16 of the Province Administrative Court in Rzeszów of 30th June 2016, LEX no. 2068663; the Judgment No. IV SA/PO 910/15 of 7th March 2013, the Province Administrative Court in Poznań on introducing restrictions and prohibitions of using vessels with combustion engines (Official Journal of Laws of the Wielkopolska Province, item 3801).

A person practicing water tourism, who does not comply with restrictions, orders or prohibitions specified in the resolution of the district council issued pursuant to art. 116 subsection 1 of the Environmental Protection Law, commits an offense and is punishable by a fine in accordance with art. 338 of the Environmental Protection Law. The amount of the fine is determined in art. 24 § 1 of Petty Offences' Code. The fine can range from 20 to 5000 PLN. The authority responsible for examining the application for punishment for this offense is the court. In addition, under the Regulation of the Prime Minister of 13th September 2002³⁵, the inspectors of the Environmental Protection Inspectorate received the power to impose fines as penalty notices ranging from 20 to 500 PLN.

It is worth pointing out that for over ten years, the employees of the Institute of Oceanology of the Polish Academy of Sciences and Environmentalists from Greenpeace Polska have been indicating the need to protect the Baltic waters, as the current system of protecting particularly valuable sea areas is insufficient and cannot effectively prevent destructive human activities. Therefore, they have postulated creation of a network of marine preserves since it is allowed due to the amended provisions of the Nature Conservation Act. Currently, there are no preserves of this kind in Poland.

A marine preserve is a closed area for all activities that excessively exploit marine resources, i.e. fishing, extraction of seabed resources and activities aimed at utilization of waste in the sea. However, there are also some limitations concerning water tourism in its area.

The first marine preserve in Poland is to be located at the bottom of the Gulf of Gdańsk, near the protected area of Kępa Redłowska. The stretch of waters and the bottom of the Baltic will be protected. If the preserve is created, then some restrictions on the movement of powered units, e.g. motor boats and scooters on the one-kilometer shoreline from the seaside boulevard to the pier in Orłowo, will be placed. However, sailing, kitesurfing and diving will be allowed³⁶.

4. Conclusion

Although there are many areas of the natural environment in Poland, where the use of hydrographic values is prohibited or limited, and these areas cannot be used for tourism and recreation, water tourism enthusiasts have enormous opportunities to be engaged in water tourism.

Legally protected areas, depending on the form, are characterized by diverse possibilities of using the water resources there. Special restrictions on environmental protection apply only to the area of national park. Although not all water areas in a national park are closed to vessels traffic. However, the areas remaining protected in a wider scope are made available to tourists. The highest number of prohibitions and restrictions

³⁵ See: § 2 point 5 of the Regulation of the Prime Minister of 13th September 2002 on giving the inspectors of the Environmental Protection Inspectorate power to impose fines as penalty notices (Journal of Laws No. 151, item 1253, as amended).

³⁶ http://www.greenpeace.org/poland/PageFiles/638825/Briefing-rezerwat_morski_Kepa_Redlowska.pdf, 15.02.2019.

in force in these areas are addressed to people practicing motorboat tourism. It is understandable, since motor-powered boats can cause environmental degradation by destruction of flora and fauna.

The increasingly established areas of silence and quiet zones are perceived as important elements of space management and become accepted by the society. Those who practice water tourism have to accept and respect the limitations that they encounter.

* * *

Aspekty prawne ograniczeń terytorialnych w turystyce wodnej ze względu na ochronę środowiska

Artykuł analizuje aktualny stan prawny dotyczący ograniczeń terytorialnych w uprawianiu turystyki wodnej ze względu na ochronę środowiska naturalnego. Ponadto przedstawiono orzecznictwo dotyczące tego obszaru i poglądów doktrynalnych. Problematyka nie została jeszcze naukowo zbadana. Niemniej jednak jest to ważne ze względu na znaczny wzrost zainteresowania tą formą wypoczynku w ostatnich latach.

Słowa kluczowe: turystyka, turystyka wodna, spokojna okolica poza aglomeracją, strefa ciszy

Michał Passon¹

Judicial Review of Recommendations Based on the Case of *Belgium v Commission*, C-16/16 P, 20th February 2018

Abstract:

In this article I will discuss the recent judgment of European Court of Justice from 2018 treating on the possibility to review recommendations adopted by the EU bodies in a procedure of the action for an annulment (article 263 TFEU). Amount of soft-law that has been created by the EU institutions is increasing, therefore it raises the question whether those acts can be verified or not and how we should interpret or apply them in the Member States. In the case of *Belgium v Commission* the Member State argued that the adopted recommendation enforced some obligations and was in fact a directive. At first glance it might seem senseless, because soft-law is generally understood not to be legally binding, but in this specific case, raised arguments as well as EU case law might pose different conclusions on this matter. In this article I will present my opinions on the arguments of the parties and the judgment of the CJEU itself. What is more, my aim is also to conclude the consequences and effects of adoption of the recommendation and why the judicial review in this matter might be needed.

Key words: recommendations, action for annulment, European Union law, soft-law, European Court of Justice

1. Introduction

European Court of Justice (CJEU) is an important institution of the European Union and its role is becoming increasingly crucial by interpreting the wide variety of the European's organs' laws and enforcing the law or simply annulling EU legal acts². More

¹ Student of the Law Faculty at the Jagiellonian University in Cracow.

² https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/court-justice_en, 19.05.2019.

and more legal acts are being established by the European institutions (just in 2017 almost 253 legislative acts were enacted)³, what may result in tensions between the Member States. Indeed, European legislation cannot amuse and provide benefits for everyone – it simply cannot be achieved, for instance because of the economic demands and limited resources.

As a result of those actions being taken by the European Union, as was said previously, the European Court of Justice is the institution that tries to upkeep uniform interpretation and allows European citizens to enjoy the same fundamental rights and freedoms in every Member State. Also it prevents governments from limiting our basic rights and making these rights being respected accordingly to e.g. Charter of Fundamental Rights of the European Union⁴ or other international acts regarding this matter. Although we, as European citizens, share – to some extent – the same legal systems and legal traditions (democracy, Rule of Law, Rechtsstaat⁵), we simply need one European court to decide whether something is in accordance (lawful) with the EU Treaties or not⁶. Consequently, this is why the judicial review of the CJEU is so important and why additionally the scope of it is so essential when it comes to the rule of law in the European Union.

2. Recommendations themselves

The scope of judicial review provided for the CJEU by the Treaties should be considered with regard of the article 288 TFEU, which states that European institutions may adopt specific legal acts such as: regulations, directives, decisions and recommendations. This article *explicitly* states that recommendations „shall have no binding force”, therefore it means that the Member States are not obliged to act accordingly and they can act freely when it comes to the „implementation” of the European recommendations. Because of that they cannot be regarded as the sources of the European Law *par excellence* but instead they should be considered as a part of European law-making process⁷. Indeed, one cannot deny that they can promote and suggest the expected approach from the Member State.

³ Legislative Acts (253) – Regulations, Directives, Decisions – <https://eur-lex.europa.eu/statistics/2017/legislative-acts-statistics.html>, 19.05.2019.

⁴ Charter of Fundamental Rights of the European Union, http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf, 19.05.2019.

⁵ Rule of Law is one of the main foundation principles of the EU. It should be regarded as a concept, which contains formal components and substantive ones – L. Pech, *A union founded on the rule of law. Meaning and Reality of the Rule of Law as a Constitutional Principle of EU Law*, European Constitutional Law Review 2010, Volume 6, Issue 3, p. 362–378. To see more about the concepts of Rechtsstaat/ Rule of Law see: M. Krygier, *Rule of Law (and Rechtsstaat)* [in:] *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, J.D. Wright (editor-in-chief), 2nd edition, Vol. 20, Oxford 2015, p. 780–787, https://www.researchgate.net/profile/Martin_Krygier/publication/278412328_Rule_of_Law_and_Rechtsstaat/links/5580e6ec08ae607ddc322eed/Rule-of-Law-and-Rechtsstaat.pdf?origin=publication_detail, 19.05.2019; J. Przedzińska, *Abovocyliokoncepcjach państwa prawa*, http://repozytorium.uni.wroc.pl/Content/79111/29_Przedanska-J.pdf, 19.05.2019.

⁶ H.G. Schermers, *Judicial Protection in the European Communities*, 3rd edition, Leiden 1983, p. 129–130.

⁷ D. Lasok, J.W. Bridge, *Law & Institutions of the European Communities*, 4th edition, London 1987, p. 130–131.

As far as judicial review of the recommendation is concerned, article 263 TFEU states that they are excluded and thus they are outside of the judicial review scope of the CJEU. Although the specific wording in this article might pose a suggestion that there is a possibility for another conclusion. When the recommendations are „intended to produce legal effects *vis-à-vis* third parties” they might fulfill the prerequisite needed in order to consider them being admissible before the CJEU.

In the case of *Belgium v. European Commission*, C-16/16 P, CJEU had a challenging issue to solve, regarding the possibility of judicial review of recommendations. This (at first) transparent problem might lead to a different legal effects towards the Member States and, as a result, it may affect the interested companies and also individuals.

CJEU by reviewing the specific legislative acts of the European Bodies and controlling whether they are compatible with EU's Treaties or general principles, definitely contributes to the development of the EU law⁸. This paper will analyse this matter because this judgment may be also considered a *de iure* precedent⁹ and might determine (or at least be one of the factors) outcome in future cases regarding upcoming objections against contents of recommendations and possibility of the CJEU competences to review it.

3. Background to the case: *Belgium v. Commission*, C-16/16 P, February 2018

On the 14th of July in 2014 European Commission adopted recommendation under the article 292 of The Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)¹⁰ on protection and prevention of individuals from online gambling services and online gambling itself¹¹. By proclaiming this act, European Commission responded to challenges and risks of online gambling by encouraging Member States to provide safe gambling environment for consumers, players and minors, while maintaining gambling as a „source of entertainment”¹². This act points out the importance to create awareness about social and financial risk¹³ of gambling and how to possibly prevent it from

⁸ *Ibidem*, p. 135-136.

⁹ J. Helios, *Sędziokracja w Unii Europejskiej? Uwagi w kontekście działalności interpretacyjnej Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej* [w:] *Rządy prawa i europejska kultura prawna*, ed. A. Bator, J. Helios, W. Jedlacka, Wrocław 2014, p. 190-194, http://www.repozytorium.uni.wroc.pl/Content/63630/14_Joanna_Helios.pdf, 19.05.2019; G. Mikelsone, *The binding force of the case law of the Court of Justice of The European Union*, Vilnius 2013 p. 484-491, <https://www.mruni.eu/upload/iblock/3ef/JUR-13-20-2-06.pdf>, 19.05.2019.

¹⁰ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 20th February 2018, C-16/16 P – *Kingdom of Belgium v European Commission*, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-16/16&language=eng#>, 19.05.2019.

¹¹ 2014/478/EU: Commission Recommendation of 14th July 2014 on principles for the protection of consumers and players of online gambling services and for the prevention of minors from gambling online, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32014H0478>, 19.05.2019.

¹² *Ibidem*, p. 1, point 2.

¹³ In order to learn more about the risks and prevention of the online gambling, see: Addiction and Life-styles in Contemporary Europe Reframing Addictions Project (ALICE-RAP) policy paper series: '*Gambling: two sides of the same coin — recreational activity and public health problem*', Dresden 2013, p. 6-14, http://www.alicerap.eu/resources/documents/doc_download/128-policy-paper-2-gambling-two-sides-of-the-same-coin.html, 19.05.2019.

happening. This provision was proclaimed as a resolution (so called „soft-law”), which means that Member States may adopt such rules or not, but if not, they might be under some political pressure to act accordingly, what at the end may result in practical effects¹⁴. Although it was not legally binding and stated that: „This Recommendation does not interfere with the right of Member States to regulate gambling services” Kingdom of Belgium objected against it and lodged an application before the General Court in order to bring the action seeking an annulment¹⁵ of the aforementioned recommendation, while European Commission raised a plea of an inadmissibility under article 114 (1) of The Rules of Procedure of the General Court¹⁶. The General Court ruled that the action was dismissed as a result of being inadmissible – in short – because the legality of the genuine recommendations shall not be reviewed by The Court of Justice¹⁷ (because the recommendations had no binding effect). Based on the article 263 TFEU, CJEU *explicite* lacks competence to do so and it is outside the scope of its powers to review it. The Kingdom of Belgium appealed but the Grand Chamber of the CJEU upheld that decision without going to the substance of the case¹⁸. The question arose: why the decisions of The General Court and CJEU, which might seem straight-forward or even effortless in this matter, are worth debating? I believe that this judgment is a genuine inquiry concerning the scope of the CJEU jurisdiction and its boundaries when it comes to possibility of judicial review of the European Union’s recommendations.

3.1. The main arguments raised by the Kingdom of Belgium

A) Adoption of any legal act produces legal effects, which – in opinion of this party – shall justify review of legality in the light of possible infringement of basic principles of the EU. The General Court is to ensure that the fundamental rules of the EU are being obeyed and respected, should not declare the act inadmissible; they should not limit their examination just to the matter of producing legal effects but also they should verify whether the European Commission had competence (substantive legal basis¹⁹) to adopt a recommendation. By not doing so, they did not respect the principles of conferred competences, loyalty and institutional balance. Any act shall be declared admissible

¹⁴ D. Chalmers, Ch. Hadjiemmanuil, G. Monti, A. Tomkins, *European Union Law. Text and Materials*, Cambridge 2006, p. 137.

¹⁵ The aim of seeking annulment is to interfere within validity of an act. Its sole purpose might be to get the whole act annulled. At the end of the proceedings „the Court has no other option than to annul or not to annul” – H.G. Schermers, *Judicial Protection in the European Communities*, London 1983, p. 195.

¹⁶ Rules of Procedure of the General Court of 2nd May 1991, https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-10/tra-doc-en-div-t-0000-2018-201808699-05_00.pdf, 19.05.2019.

¹⁷ Order of The General Court (Second Chamber) 27th October 2015 in Case T-721/14, *Kingdom of Belgium v European Commission*, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=T-721/14&language=en#>, 19.05.2019.

¹⁸ Judgment of The Court (Grand Chamber) 20th February 2017, in Case C-16/16 P, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-16/16&language=en#>, 19.05.2019.

¹⁹ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 20th February 2018, C-16/16 P, point 19: „not a substantive legal basis but merely a procedural legal basis, granting not only the Commission but also the Council the power to adopt recommendations”.

when it „seeks to have the observance by an EU institution of the fundamental principles of the EU legal order...”²⁰.

B) The case when recommendation is possibly a hidden directive – which indeed is within jurisdiction and the scope of review of the EU courts.

C) Possible different interpretations of recommendation due to more imperative wording – German and Dutch language versions of the recommendation were written in a (more) imperative way, thus they might suggest that the Commission had intention to produce legal effects and – as a result of it – Member States are obliged to act accordingly.

D) Reference to the *Council v. Commission*²¹ case, where the Court **did not question admissibility** of an action for annulment, even though the subject matter of that action related to the European Union’s position in the context of **advisory opinion** proceedings, which had **no binding effects**.

3.2. The main argument rose by the European Commission

The contested recommendation is a ‘genuine’ recommendation and also it does not create any legal effects nor pressures the Member States to act in a certain way. In their opinion, the way of wording is conditional and non-imperative, which confirms discretionary possibility to act accordingly within recommendations and their non-binding effects. They also stated that claims of the appellants are connected to merits of the case rather than admissibility, which this procedure concerns. Also there is no possibility to create distinction between different language versions of recommendations based on their meaning – it is a recommendation, which has no legal effects and delimitation on this matter might violate the principle of uniform interpretation of the EU provisions.

4. Findings of the CJEU

A) Regarding different legal versions: CJEU stated that every language version has the same value and there is no possibility for one of the language versions to have primacy over other. This might pose a threat to uniformed application of the EU law. Also, what was pointed out by the CJEU, the recommendation had not been intended to produce legal effects.

B) On the matter of legal effects of contested resolution: CJEU pointed out that recommendation was established in the EU Treaties as an act that has no binding force,

²⁰ The Kingdom of Belgium made these arguments basing on the judgments of: *Les Verts v Parliament*, 294/83, EU:C:1986:166 and of 22nd May 1990, *Parliament v Council*, C-70/88, EU:C:1990:217.

²¹ *Council v Commission*, C-73/14, EU:C:2015:663.

which only may suggest and be an invitation towards reaching a certain legal goal²². The article 263 TFEU also expressly states in the first sentence that recommendations are outside the scope of the CJEU and because of that the General Court rightly considered it to be inadmissible. Nevertheless, they emphasized that „any provisions adopted by the institutions, whatever their form, which are intended to have binding legal effects are regarded as ‘challengeable acts’ for the purposes of Article 263 TFEU” mentioning the so-called „AETR” judgment²³, which means that in some cases recommendation is able to be a subject to judicial review of the CJEU. Because of that, CJEU verified whether the act was intended to have legal effects and eventually decided that although some versions may sound in a more imperative way, recommendation basically has not been intended to produce legal effects, which was also confirmed by naming it as a recommendation and the possibility to regulate this hazard and on-line gambling in a desired way by the Member States²⁴. This recommendation, as being described as a genuine recommendation and thus not have been intended to produce legal effects, resulted in the CJEU’s approval of the decision taken by the General Court, which considered previously the recommendation to be inadmissible²⁵. Consequently, it cannot be a hidden directive but just a suggestion from the EU to act on this matter.

C) Regarding the substantial legal basis to adopt recommendation: the CJEU stated that even the violation of the EU law regarding adopting the recommendation does not make the aforementioned recommendation admissible to being reviewed by the CJEU (apart from being a hidden directive or producing legal effects)²⁶.

D) Regarding the aforementioned opinion in the so-called „AETR” case: the CJEU noted that the objection there was not against recommendation but against decision of the Commission, which had been intended to produce legal effects. Therefore this argument was invalid because the circumstances of those cases were different. What is more, the CJEU stated that we should distinguish the deliberation of the Council from the recommendation, which are directly excluded in the article 263 TFEU and the outcome of the analysis whether the recommendation produced legal effects was negative. In regard of the article 263 TFEU, the CJUE also said that the mentioned judgments of 23rd April 1986, *Les Verts v. Parliament*, 294/83, EU:C:1986:166, and of 22nd May 1990,

²² This might be achieved by implementing recommendation in national law or by adopting necessary legal instruments in accordance to the text of recommendation.

²³ Judgment of the Court of 31st March 1971, *Commission of the European Communities v Council of the European Communities*. European Agreement on Road Transport. Case 22-70.ECLI, ECLI:EU:C:1971:32, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61970CJ0022>, 19.05.2019.

²⁴ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 20th February 2018, C-16/16 P, point 32, which confirms this possibility for the Member States.

²⁵ An example of the EU’s not „classical” act (regulation, directive, decision) being able to be reviewed under article 263 TFEU (ex. 230) based on the prerequisite of being intended to produce legal effects is a Commission’s notice carried on by a letter in a case of *Cimenteries CBR v Commission*, T-25/95 – S. Weatherill, P. Beaumont, *EU LAW*, Oxford 1993, p. 246-248.

²⁶ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 20th February 2018, C-16/16 P, point 28.

Parliament v. Council, C-70/88, EU:C:1990:217 have to be differentiated from this case simply because in those cases no provision *expressis verbis* excluded possibility of reviewing those acts unlike here – because of that the argument raised by The Kingdom of Belgium was dismissed²⁷.

5. Evaluation of the CJEU's findings from my perspective

A) Regarding different language versions: as far as I am concerned, I have to agree with arguments raised by the CJEU on this matter – one language version of the EU act in general can never be superior to others. Every Member State is considered to be equal and it has to be the same (*mutatis mutandis*) when it comes to languages. Every legal document being adopted by the EU institutions shall be confronted by specialist in the Member States when there are some doubts about its meaning. Additionally, because it is a recommendation – that has no binding force, if the Kingdom of Belgium objects it, they shall not accept any provision that may potentially oblige them to act in a certain way. If there is a pressure coming from the European Commission, they should – regarding their possible omission – replicate by raising a plea of that act being a non-binding recommendation. If an European institution denies the identity of the act being a recommendation – which is highly unlikely to happen – that would absolutely undermine the rule of law in the European Union. This problem also emphasizes the need of accuracy and precision regarding translation of legal matters, which shall be ensured and provided in order to avoid divergences in the future and possible tensions regarding different outcomes as a result of different translations²⁸.

B) On the matter of legal effects of contested resolution and possible solutions: one cannot deny that the first sentence of the article 263 TFEU directly prohibits recommendations from being reviewed by the CJEU. In the further part of this article there is a possibility for recommendations to be reviewed under the test of „having been intended to produce legal effects”, which has been recognized/reaffirmed by the „AETR” judgment. In total, the whole idea of recommendation being admissible revolves around the idea of having been „intended to produce legal effects”²⁹ or being a „hidden direc-

²⁷ CJEU additionally pointed out that while action for annulment in this case is not viable, there is no limitation when it comes to the preliminary ruling proceedings regarding any act that had been adopted by the EU's institution. This means that in the future if any national court is concerned about the interpretation of the indicated recommendation, they might benefit from the preliminary ruling's procedure.

²⁸ J. Szponar-Seroka, *Wielojęzyczność jako wyzwanie w procesie stanowienia i wykładni prawa Unii Europejskiej* [in:] *Studenckie Zeszyty Naukowe* 2017, Vol. XX, nr 33, p. 94–99, <http://journals.umcs.pl/szn/article/viewFile/5156/4201>, 19.05.2019.

²⁹ Although, as have been established previously, the essence of a recommendation is not to produce any legal effects and it is up to the Member States to act accordingly or not, I think the idea of producing legal effects and characteristics of a „genuine” recommendation contradicts each other by definition. Consequently, recommendation is, *per se*, unable of producing legal effects. By producing legal effects it loses its status of recommendation. That is why we should strictly distinguish the ideal recommendation (art. 263 TFEU), which expresses only suggestions/invitations, from „recommendation” that will always contain some debatable provision, that it able to produce legal effects. Maybe instead

tive”³⁰. There is no other legal basis under which a recommendation can be reviewed by the CJEU – *tertium non datur*. Basing on those two possibilities, the CJEU may declare act void in general or partly and its judgment is effective *erga omnes*³¹. Obviously, the act also might be declared to be inadmissible in light of neither having been intended to produce legal effects nor being a hidden directive.

I assume that this approach might result in some problems in relation to practical application. It might not be efficient for the protection of the sovereignty of the states, for example in the situation when just one provision is able and has been intended to produce legal effects, The General Court or the CJEU are very unlikely to declare it admissible while deciding which outcome is the most rightful. Argumentation will be based on the „recommendation” name of the act, thus being non-binding. But what if undercover of a suggestion, under the so-called soft-law real obligation and enforcement measures are placed?³² Or even worse – what if the European institutions imposed indirect sanctions or political pressure over not respecting the recommendation? Obviously, we can transpose this reasoning to almost all cases, but this issue cannot be neglected simply because this is a recommendation. It also highlights the problem of the soft-law being adopted as a substitute for legislative acts „whereas such a situation would bring confusion and insecurity to a field in which clarity and legal certainty should prevail, in the interests of the Member States and of the citizens”³³. Briefly concluding this reflection, I cannot provide an improvement over those previously mentioned that the CJEU can impose – for this reason I can only suggest the process of verifying recommendations to be more accurate, much more thoughtful in order to be truly verified.

In this case the CJEU ruled that the recommendation adopted by the Commission had not been intended to produce legal effects. Declaring it as a non-binding, while depending mostly on language version, limits greatly possible verification of specific,

we should describe it as an „act been intended to produce legal effects” and able to do so? (Platonic approach to this matter). The CJEU will still be able to review it but this idea – by not naming it „recommendation” anymore – will allow us to ensure that idea of „genuine” recommendation remains strict and unchanged by any exemptions. This will allow to upkeep the correct terminology and prevents it from being spoiled. By approving the probable review of recommendation, the CJEU opened the door for *diffusion*, regarding EU secondary law’s status, which – in my opinion – might create further confusion regarding the scope of the CJEU review.

³⁰ In this scenario the CJEU „shall disregard its actual title and consider it being a regulation, directive or decision” – H.G. Schermers, *Judicial...*, p. 231.

³¹ K. Scheuring, *Komentarz do art. 264 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej* [in:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, ed. D. Kornobis-Romanowska, J. Łacny, A. Wróbel, vol. III, Warsaw 2012, art. 223–358.

³² General Advocate also emphasized the possibility of circumvention of the European law in his opinion on this matter – Opinion of Advocate General Bobek delivered on 12th December 2017, Case C-16/16 P, *Kingdom of Belgium v European Commission*, ECLI:EU:C:2017:959, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62016CC0016>, 19.05.2019.

³³ European Parliament’s Resolution of 4th September 2007 on institutional and legal implications of the use of „soft law” instruments, 2007/2028(INI), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0366+0+DOC+XML+V0//EN&language=EN>, 19.05.2019.

sometimes very complex provisions. Regarding this issue, we get two main ways to verify whether a recommendation has been intended to produce legal effect: 1) we can focus on the title/form – which will mostly result in declaring recommendation inadmissible or 2) we can study the text and actual meaning of the written provision – which obviously may result identically with the previous approach or the contrary – the act being considered to be admissible on the basis of having been intended to produce legal effects³⁴.

Contrary to the CJEU, the Advocate General M. Bobek provided a more in-depth analysis on this matter – he pointed out that this recommendation's scheme looks like a legal text and also its structure may suggest the same conclusion³⁵. What is more, this act also „sets out the detailed content of the information that should be displayed on the landing page of the operator's gambling website”³⁶. Furthermore, the recommendation states that the Member States are invited to notify the actions that were taken to act accordingly, and *crème de la crème* – obliged to collect data for statistics purposes. Moreover, the Commission under one of the provision shall evaluate previously mentioned actions being taken by the Member States. The Advocate General also rightly noticed that if the recommendation had not been intended to produce legal effects it would not be necessary for it to include the information that this act does not exclude the Member States' competence to regulate on-line gambling and hazard³⁷. I agree wholeheartedly on the evaluation from the Advocate General and I think that in this case the CJEU had not verified it accurately enough, thus they misinterpret the real intention of the authors of this provisions. Although the argument regarding language version stands firm and is undeniable, it is evident that the text of the provision *per se*, its form and very detailed regulation regarding on-line gambling and hazard was meant to produce legal effects, instead of being just a suggestion or invitation. The CJEU should not have declared it inadmissible but instead – they should have reviewed it and declared those provisions void because they directly violated the EU Treaties.

C) Regarding European Commission's competence to adopt such act and possible violation of the EU Treaties/basic principles: the CJEU fairly pointed out that there is no legal basis justifying control of recommendation based on the argument that it may be violating law of the EU. Although it may be worth noting that such exception should be included in the upcoming EU primary law. On the other hand, what if the CJEU (theoretically) could have had the possibility to consider the recommendation being admissible, basing solely on this argument, but because there is no legal basis, it would violate the EU law itself – K. Lasok justly noticed that the courts' competences are defined in the treaties and „all proceedings therefore must be founded on a specific provision

³⁴ Obviously, when verifying we are focusing on those two aspects, but sometimes they might contradict each other, thus there is a need to choose which one might truly be a key to reveal the intentions of the authors.

³⁵ Opinion of Advocate General in case C-16/16 P, point 126, ECLI:EU:C:2017:959.

³⁶ *Ibidem*, point 129.

³⁷ *Ibidem*, point 134.

(...) (the court) has no power to depart from the system of remedies provided³⁸. Although this means that a Union institution, in some cases, may violate EU principles, while there is no protection provided neither for the Member States nor for the European citizens³⁹. It realistically is highly unlikely to happen because whenever European Union is going to violate the EU principles, it is always connected with another basis, which makes the remedy accessible – for instance, in this argument a review is not justified but there are other alternatives provided such as „AETR” test or reviewing the contested recommendation as a hidden directive.

D) Briefly regarding the subsidiary argument related to the advisory opinion: I can see why the CJEU referred to those judgments in that way – some circumstances of the cases were different and practically they allowed them to uphold the previously made points and statements while staying consequent. By considering recommendation to be inadmissible (in my opinion unjustly) there was no other choice to be made rather than reaffirming at the same that the only possibility for it to be reviewed is when it was intended to produce any legal effects or being a hidden directive.

6. Final conclusions

In the light of the above deliberations it has to be pointed out that this judgment might really influence the possible review of upcoming recommendations and other soft-law acts in the future. The judgment of the CJEU reaffirmed the possibility to review it under the conditions of having been intended to produce legal effects or being a hidden directive. That means that article 263 TFEU does not prevent recommendation from being reviewed in an absolute way but also was meant to provide some exceptions from this prohibition, which cannot be further expanded (*exceptiones non sunt extendae*). Furthermore, the CJEU rightly explained that recommendation cannot be solely considered admissible based on the argument of violating the Treaties/general principles of the EU, which at the end shall be agreed upon generally because there is no legal basis for acting in such a way for the Court. I think that the CJEU justly pointed out that we cannot differentiate legal text and its meaning on the basis of a particular language version in the EU. As has been stated previously, this might lead to divergent outcomes and therefore it will undermine the idea of authentic languages in the EU, which have the same value and legal effects. But my objection regards to the process of verifying whether the contested recommendation have been intended to produce legal effects. The CJEU’s „investigation” was very one-dimensional and lacked in-depth analysis.

³⁸ K.P.E. Lasok, *The European Court of Justice. Practice and Procedure*, London 1984, p. 120–121.

³⁹ Just theoretically regarding this matter, maybe an acceptable solution would be to provide the necessary protection while declaring the objection inadmissible, like for example the Irish Courts did, and that the General Advocate mentioned in his opinion regarding the case C-16/16 P, point 126, ECLI:EU:C:2017:959, citing after him: „a legal action against an administrative report in the context of planning procedures, High Court, *De Burca v Wicklow County Manager* (2009) IEHE 54; also about guidelines of the Irish Competition Authority, see High Court, *Law Society of Ireland v Competition Authority* (2006) 2 IR 262”.

They either not noticed some provisions, which directly obliged the Member States to act in some way and allowed the Commission to supervise it, or just ignored restraining it to the concept of being a formal recommendation understood as an invitation. What is more, they have not paid enough attention to details such as a very detailed and complex provision, which might indicate being a regulation/directive/decision rather than just an invitation or suggestion. Because of that, they considered it to be inadmissible, therefore eliminating the possibility of declaring the contested recommendation void. Lack of actual judicial review in this case, despite the opportunity to act within the scope („with an intent to produce legal effects”) of the CJEU in this case, might result in the lack of reflection from the European institutions regarding the concept of recommendation (soft-law) as a non-binding. More decisive reaction/in-depth analysis would have not enabled it – stating that recommendations are capable of being reviewed under some conditions is not enough in this case! Moreover, this means that in the future EU institutions will be still capable of adopting act in such a manner that denies the idea of soft-law itself (treated as an invitation contrary to the regulations/directives/decision), therefore posing a threat to the rule of law in the European Union and other founding principles, which have to be respected in order to achieve further integration and respect towards the European Union and its institutions.

* * *

Sądowa kontrola zaleceń w Unii Europejskiej a sprawa *Belgia przeciwko Komisji*, C-16/16 P, z 20 lutego 2018 roku

Celem tego artykułu jest omówienie ostatnio wydanego orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 2018 roku dotyczącego możliwości sądowej weryfikacji zaleceń przyjętych przez unijne instytucje w ramach skargi o nieważność aktu z art. 263 TFUE. Wprawdzie zalecenia, jako przejaw *soft-law*, nie mają charakteru wiążących niejako z definicji, jednakże argumenty przedstawione w tej sprawie przez Belgię, zarzucającą m.in. wydanemu zaleceniu przymiot ukrytej dyrektywy oraz aktu nakładającego na państwa członkowskie poszczególne obowiązki, mogą nasuwać wątpliwości już nie do samej możliwości wspomnianej kontroli, lecz nawet jej konieczności. Dlatego też w artykule tym chciałbym odnieść się do podniesionych argumentów, ostatecznego rozstrzygnięcia TSUE, a także przedstawić wady oraz zalety możliwości weryfikacji zaleceń przez unijne sądy.

Słowa kluczowe: zalecenia, skarga o nieważność, *soft-law*, prawo Unii Europejskiej, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej

Michał Różyczka¹

Ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniu cywilnym – zagadnienia wybrane

Streszczenie:

Celem niniejszego artykułu jest próba analizy skuteczności ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniu cywilnym po implementowaniu dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. Na początku tekstu autor wyjaśnia czym jest tajemnica przedsiębiorstwa oraz jaki jest jej charakter prawny. Jednocześnie wskazuje jaka jest relacja tajemnicy przedsiębiorstwa do pojęcia *know-how*, które jest często używane zamiennie. Następnie opisane zostały wybrane instrumenty, którymi dysponuje strona w postępowaniu cywilnym, a które mają służyć ochronie opisanych dóbr w toku postępowania. Na samym końcu autor stara się odpowiedzieć na pytanie, czy wskazana dyrektywa spełniła swoją rolę i czy przyczyniła się do skuteczniejszej ochrony informacji poufnych na gruncie polskich przepisów.

Słowa kluczowe: tajemnica przedsiębiorstwa, czyn nieuczciwej konkurencji, *know-how*

1. Wprowadzenie

Ochrona szeroko rozumianych informacji poufnych miała miejsce od samych początków istnienia handlu. Pierwsze próby ochrony takowych informacji można było spotkać m.in. w Chinach, gdzie strzeżono sposobu wyrobu porcelany, czy w średniowieczu, kiedy to na cechach spoczywał obowiązek zachowania w tajemnicy metod rzemieślniczych². To właśnie na ten okres przypada eksplozja myśli wynalazczej i to właśnie wtedy

¹ Autor jest studentem prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

² W. Meisel, *Wilkieże poznańskie*, cz. III, *Organizacja cechowa*, Wrocław – Warszawa – Kraków 1969, s. 110.

najbardziej rozwinęła się świadomość potrzeby ochrony wytworu myśli człowieka. Przykładowo w Niemczech, w fabryce Bayera, implementowano środki zmierzające do ochrony tajemnic firmy poprzez specyficzną organizację pracy i umowy o zakazie konkurencji po ustaniu stosunku pracy³. W Stanach Zjednoczonych ochrona tajemnic handlowych została stwierdzona w sprawie *Vickery v. Welch* z 1837 r.⁴ Obecnie zaś przykładem takowej informacji poufnej jest kasus Coca-Coli, która od początku swojego istnienia pilnie strzeże receptury swojego trunku. Znaczenie informacji poufnych we współczesnej gospodarce jest olbrzymie – opiera się ono w znacznej mierze na eksploatacji dóbr niematerialnych. Ciągłe aktualne pozostają słowa Davida Sarnoffa, który stwierdził, że konkurencja na rynku zapewnia wprawdzie najlepsze produkty, lecz jednocześnie pociąga za sobą najgorsze zachowania ludzi. Przedsiębiorcy stoją przed dylematem w jaki sposób chronić swoje rozwiązania technologiczne: czy wystąpić o udzielenie patentu, a przy tym udostępnić owo rozwiązanie konkurentom i liczyć się z ryzykiem odmowy oraz utratą wyłączności po 20 latach? Czy też chronić swoją technologię poprzez próbę utrzymania jej w tajemnicy i zyskując przy tym teoretycznie nieograniczoną wyłączność, jednak licząc się z tym, że konkurencja może ją „zdobyć” znacznie wcześniej? Trzeba również zaznaczyć, że przesłanki zdolności patentowej są niezwykle surowe i nie każda tajemnica przedsiębiorstwa będzie mogła zostać objęta prawem z patentu. Decyzje w takich sprawach nie są łatwe i stanowią sumę wielu okoliczności, w tym możliwości realnej ochrony strzeżonej informacji. Z tego też powodu prawo powinno maksymalnie pomóc w ochronie informacji poufnych nie tylko ze względu na interes prywatny przedsiębiorcy, ale również ze względu na interes społeczny, który wydaje się na pierwszy rzut oka niewidoczny. Jak słusznie stanowi jeden z motywów dyrektywy 2016/943: otwarta innowacyjność jest katalizatorem nowych pomysłów, które są odpowiedzią na potrzeby konsumentów i wyzwania społeczne.

2. Definicja ustawowa tajemnicy przedsiębiorstwa

Obecnie definicja tajemnicy przedsiębiorstwa znajduje się w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: u.z.n.k.)⁵. Przepis ten stanowi, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności⁶. Jak widać pojęcie to obejmuje rozle-

³ A. Michalak, *Ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. Zagadnienia cywilnoprawne*, Zakamycze 2006, s. 2.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2018, poz. 419, 1637).

⁶ Definicja jest zasadniczo zgodna z art. 39 ust. 1 i 2 TRIPS (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights), które jest bezpośrednio stosowane i stanowią część obowiązującego w Polsce prawa. Wcześniej art. 11 ust. 4 u.z.n.k. przewidywał pewne ograniczenia dot. tego, kto może być

gły katalog o zróżnicowanym charakterze. Jest to zrozumiały zabieg powodowany celem u.z.n.k. – chodzi o zapewnienie prawidłowego funkcjonowania i działania podmiotów gospodarczych w warunkach wolnej konkurencji i dostępu do rynku na wolnych prawach⁷. Dlatego też celowe jest, aby zakres przedmiotowy definicji obejmował możliwie najszerszy zakres czynów, które mogą stanowić czyn nieuczciwej konkurencji (zob. art. 3 u.z.n.k.). Tajemnicą przedsiębiorstwa są np. niechronione jeszcze prawami wyłącznymi (przed ich publikacją) wynalazki, wzory użytkowe lub zdobnicze, a także plany techniczne, listy klientów, metody kontroli jakości towarów i usług, sposoby marketingu, organizacji pracy, systemu wynagradzania pracowników, nieopublikowane utwory itp.⁸ Tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być również dane zawarte w PIT-5 i F-01 – sprawozdaniu finansowym⁹, a także wyniki prób i badań, które nie nadają się do praktycznego zastosowania (tzw. ślepe uliczki)¹⁰. Definicja art. 11 ust. 2 u.z.n.k., w ślad za dyrektywą 2016/943, potwierdza, że tajemnicą przedsiębiorstwa może być również zbiór informacji, które co prawda są znane powszechnie, to jednak ich kombinacja, odpowiednie zestawienie tworzy nową wartość gospodarczą. Istotne jest, aby chronione informacje pozostawały w związku z prowadzeniem przedsiębiorstwa¹¹. Dlatego też za tajemnicę przedsiębiorstwa, co do zasady, nie można uznać informacji dotyczących życia prywatnego osób kierujących przedsiębiorstwem. Wydaje się jednak, że nie można apriorycznie przyjąć, iż żadna informacja tego rodzaju nie będzie miała związku z prowadzeniem przedsiębiorstwa, dlatego też każdy przypadek będzie trzeba rozpatrywać *ad casum*. Potencjalnie każdy rodzaj informacji może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, a ograniczenia w tym względzie przewidywać może jedynie ustawa i dobre obyczaje. Dlatego też sposoby oszukiwania klientów, wyłudzenia VAT, wytwarzania produktów, które są niezgodne z prawem lub dobrymi obyczajami (np. tzw. dopalaczy) nie będą traktowane jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jak wynika z art. 11 ust. 2 u.z.n.k., aby informacja została uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, musi łącznie spełniać następujące przesłanki:

- 1) być poufna,
- 2) posiadać wartość gospodarczą,
- 3) zostać poddana odpowiednim działaniom mającym na celu utrzymanie stanu poufności.

sprawcą naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Ze względu na transponowanie dyrektywy 2016/943 kwestia bezpośredniego stosowania TRIPS w znakomitej części ulega dezaktualizacji.

⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 lipca 2002 r., I CKN 1319/00, OSNC 2004, nr 5, poz. 73.

⁸ S. Gogulski, S. Sołtyński, *Komentarz do art. 11 [w:] Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, red. J. Szwaja, Warszawa 2019, nb. 8, www.sip.legalis.pl.

⁹ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 10 lipca 2002 r., XVII Ama 78/01.

¹⁰ S. Gogulski, S. Sołtyński, *Komentarz do art. 11...*, nb. 8.

¹¹ W.J. Katner, *Odpowiedzialność cywilna za szkodę wyrządzoną naruszeniem tajemnicy przedsiębiorcy, zwłaszcza w razie uznania jej za informację publiczną [w:] Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara*, red. M. Pyziak-Szafnicka, Kraków 2004, s. 662 [za:] B. Giesen, *Rozdział IX Wykorzystanie osiągnięć rynkowych przedsiębiorcy jako postać czynu nieuczciwej konkurencji [w:] Prawo konkurencji. System Prawa Prywatnego*, red. M. Kępiński, t. 15, Warszawa 2014, nb. 21, www.sip.legalis.pl.

2.1. Poufność informacji

Informacja może zostać uznana za poufną jeżeli nie jest powszechnie znana, a nawet łatwo dostępna dla osób zwykle zajmujących się danym rodzajem informacji. Nie są również objęte zakresem tajemnicy informacje powszechnie znane lub takie, o których zainteresowany może się sam legalnie dowiedzieć¹². Najogólniej można powiedzieć, że informacja, która ma podlegać ochronie, nie może być częścią domeny publicznej. Nie traci charakteru poufnej informacja, której dysponentem jest więcej niż jedna osoba¹³. Jest to zrozumiałe, gdyż do takiej sytuacji dochodzi najczęściej. Jest to związane z obowiązkiem zachowania poufności przez pracowników w ramach jednego przedsiębiorstwa. Do ujawnienia informacji może dojść nie tylko wtedy, gdy cała jej treść będzie łatwo dostępna dla nieograniczonego kręgu osób, ale także wtedy, gdy jej zasadnicza część utraciła przymiot poufności¹⁴. Chodzi o taką część danych, która pozwala na odtworzenie treści całości rozwiązania lub jego kluczowego aspektu. Dlatego nie może być mowy o ustaniu stanu tajemnicy, jeśli ujawniona została część rozwiązania, która ma znaczenie poboczne i w związku z tym nie pozwala na poznanie reszty (wciąż poufnych) danych¹⁵. Istnieje spór co do tego, na jaką skalę należy badać poufność informacji. Istnieje stanowisko mówiące o „światowym” wymiarze stanu poufności¹⁶. Z kolei o potrzebie badania poufności w skali właściwej dla rynku geograficznego i asortymentowego przedsiębiorcy mówi prof. E. Nowińska¹⁷, argumentując to tym, iż właśnie na tym rynku materializują się interesy przedsiębiorcy.

2.2. Wartość gospodarcza informacji

Chronione są tylko rozwiązania przedstawiające wartość gospodarczą. Na pewno będą to takie informacje, których wartość można przedstawić za pomocą pieniądza (wartość *stricto* majątkowa). Natomiast należy także dopuścić ochronę informacji o charakterze niemajątkowym, których ujawnienie mogłoby zaszkodzić renomie przedsiębiorcy, bądź takich, które pozwalają zaoszczędzić czas i pieniądze¹⁸. Nie jest ważne jaką realną wartość prezentuje dana informacja, trudno też ustalić dla niej sztywne minimum. Potwierdzenie tych słów można znaleźć w dyrektywie 2016/943, która w art. 2 pkt 1 lit. b stanowi, iż „sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych może potwierdzać ich wartość gospodarczą”. Z drugiej strony motyw 14 preambuły tej samej dyrektywy mówi, iż „definicja tajemnicy handlowej nie obejmuje nieistotnych informacji”, co jak się wydaje jest pewną niekonsekwencją unijnego

¹² Wyrok SA w Poznaniu z dnia 9 grudnia 2012 r., I ACa 968/11.

¹³ E. Nowińska, *Komentarz do art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* [w:] E. Nowińska, K. Szczepanowska-Kozłowska, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Warszawa 2018, pkt 9, www.sip.lex.pl.

¹⁴ A. Michalak, *Komentarz do art. 11* [w:] *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, red. M. Sieradzka, M. Zdyb, 2016, pkt 2, LEX nr 8455.

¹⁵ *Ibidem*, pkt 8.

¹⁶ *Ibidem*, nb. 7.

¹⁷ E. Nowińska, *Komentarz do art. 11...*

¹⁸ B. Giesen, *op.cit.*, nb. 3.

ustawodawcy. Tak niefortunne sformułowania obu przepisów nakładają na sądy obowiązek wyznaczania granic istotności i to od nich w znacznej mierze będzie zależeć co należy uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa, a co nie.

2.3. Działania w celu zachowania poufności

Poufności informacji musi towarzyszyć aktywność przedsiębiorcy podjęta w celu utrzymania informacji w tajemnicy. U.z.n.k. mówi o „podjęciu, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania ich w poufności”. Użyty zwrot wydaje się nieadekwatny z racji tego, że w ujęciu cywilistycznym zachowanie należytej staranności jest miarą staranności wymaganej w realizacji zobowiązania przez dłużnika. Dlatego też należy interpretować ten zwrot tak samo jak przed nowelizacją u.z.n.k. z 4 września 2018 r., gdzie przepis mówił o podjęciu „niezbędnych działań”¹⁹. Taka też interpretacja jest zgodna z TRIPS i dyrektywą 2016/943. Chodzi więc o podjęcie rozsądnych działań, które są wyznaczane przez charakter danej informacji, jak i wielkość i możliwości przedsiębiorcy. Mowa tutaj zarówno o działaniach o charakterze faktycznym (blokady informatyczne, kontrola dostępu etc.), jak i prawnym (np. zawarcie umowy o zachowaniu poufności, zastrzeżenie kary umownej w umowie o pracę). Wyższa wartość tajemnicy będzie wymagała lepszych i bardziej zaawansowanych środków do jej ochrony.

3. Tajemnica przedsiębiorstwa a *know-how*

Tajemnica przedsiębiorstwa nie jest jedynym terminem używanym dla oznaczenia chronionych informacji. W języku biznesu, ale też doktrynie i orzecznictwie często używa się określenia *know-how*. Pojęcie to nie ma jednego znaczenia i zdarza się, że jest ono używane zamiennie dla tajemnicy przedsiębiorstwa. Natomiast taka praktyka jest nieuzasadniona, gdyż desygnatami obu tych pojęć mogą być odmienne informacje. W polskiej doktrynie *know-how* definiuje się jako zdolność, wiedzę lub umiejętność uzyskania określonego rezultatu lub prowadzenia jakiejś działalności²⁰. Owe „zdolności, wiedza, umiejętności” mogą być poufne lub jawne²¹. Jak wskazuje E. Wojcieszko-Głuszko „z jednej strony *know-how* jest pojęciem szerszym aniżeli tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż obejmuje ono także jawną wiedzę i doświadczenie, a z drugiej strony jest ono jednocześnie pojęciem węższym, gdyż tajemnicą przedsiębiorstwa objęte są również informacje nienadające się do praktycznego stosowania (np. ślepe uliczki)”²². Z tego wynika, że oba te pojęcia występują w relacji krzyżowania. Sama dyrektywa 2016/943 rozróżnia już w samym swoim tytule „niejawne *know-how*” i „niejawne informacje handlowe”.

¹⁹ S. Gogulski, S. Sołtysiński, *Komentarz do art. 11...*, nb. 10.

²⁰ S. Sołtysiński, *Projekty wynalazcze* [w:] *System prawa własności intelektualnej. Prawo wynalazcze*, t. III, red. J. Szwaja, A. Szajkowski, Wrocław 1990, s. 63.

²¹ E. Wojcieszko-Głuszko, *Ochrona prawna know-how*, *Zeszyty naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego* 3/2002, Zakamycze 2002, s. 146 i nast.

²² *Ibidem*.

4. Charakter prawny tajemnicy przedsiębiorstwa

W polskiej doktrynie od dawna toczy się spór o charakter prawny tajemnicy przedsiębiorstwa. Tradycyjny pogląd, który dominuje w literaturze, mówi, iż dysponentowi takich informacji nie służy prawo podmiotowe, a jest on chroniony jedynie pośrednio przez u.z.n.k.²³, która chroni określone stany faktyczne, a sam przedsiębiorca jest tylko i wyłącznie beneficjentem takiego stanu rzeczy. Zdaniem prof. E. Traple przeciwko konstrukcji prawa podmiotowego przemawia zbyt mały stopień skonkretyzowania owego dobra²⁴. Natomiast zdaniem prof. Sołtysińskiego i Gogulskiego art. 11 u.z.n.k. określa wystarczająco precyzyjnie przedmiot i treść prawa przedsiębiorcy. Powołują się oni m.in. na argument, że są dobra, które są uznawane za prawo podmiotowe, a odznaczają się dużo mniejszym stopniem skonkretyzowania (np. dobra osobiste)²⁵. Wydaje się, iż przyporządkowanie tajemnicy przedsiębiorstwa jako prawa podmiotowego wydaje się trafne i autor artykułu przychylił się do poglądu prof. Sołtysińskiego i Gogulskiego. Co więcej, konstrukcja prawa podmiotowego do tajemnicy przedsiębiorstwa pozwala na uznanie tego prawa za mienie w rozumieniu art. 64 Konstytucji RP²⁶. Prawo do tajemnicy przedsiębiorstwa jest prawem własności intelektualnej o charakterze bezwzględnym, lecz niewyłącznym, ponieważ może ono przysługiwać jednocześnie kilku osobom²⁷. Chodzi tutaj zarówno o sytuację, gdy mamy wielu właścicieli przedsiębiorstwa, jak i sytuację, gdy określone rozwiązanie zostało niezależnie i legalnie odkryte przez innego przedsiębiorcę, który również jest zainteresowany jego ochroną oraz eksploatacją. Warte podkreślenia jest to, iż podmiotem chronionym przez art. 11 u.z.n.k. jest tylko i wyłącznie przedsiębiorca.

5. Potrzeba ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa

Nie ulega wątpliwości, że ochrona prawa do tajemnicy przedsiębiorstwa nie może poprzestać jedynie na ochronie materialnoprawnej, gdyż taka ochrona jest jedynie iluzoryczna. W uzasadnieniu jednego z wyroków sędziego Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych stwierdził, że „historię (...) wolności stanowi w dużym zakresie historia procedury”. To krótkie stwierdzenie pokazuje jak ważne są normy proceduralne, dzięki którym tak naprawdę ożywają normy materialnoprawne. Również europejski ustawodawca dostrzega prawdziwość tej tezy, dając temu przykład w motywie 24 dyrektywy 2016/943:

Perspektywa ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa w trakcie postępowania sądowego często zniechęca prawowitych posiadaczy tajemnicy przedsiębiorstwa do wszczynania postępowania sądowego w celu ochrony swoich tajemnic przedsiębiorstwa, zagrażając tym samym

²³ *Ibidem*.

²⁴ E. Traple, *Ochrona informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa w ZNKU a ochrona tajemnic ujawnionych w trakcie negocjacji*, Dodatek do MoP 2003, nr 21, s. 10.

²⁵ S. Gogulski, S. Sołtysiński, *Komentarz do art. 11...*

²⁶ *Ibidem*, nb. 19.

²⁷ *Ibidem*.

skuteczności przyjętych środków ogólnych, procedur i środków prawnych. W związku z tym, z zastrzeżeniem wprowadzenia odpowiednich gwarancji prawa do skutecznego środka prawnego i rzetelnego procesu sądowego, konieczne jest ustanowienie szczegółowych wymogów mających na celu ochronę poufności tajemnicy przedsiębiorstwa będącej przedmiotem sporu na czas postępowania sądowego wszczętego w celu zapewnienia jej ochrony. Taka ochrona powinna pozostać w mocy po zakończeniu postępowania sądowego oraz do czasu upublicznienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa²⁸.

Oczywiście myśl przewodnia tego motywu dotyczy w równym stopniu postępowań przed organami władzy publicznej. Nie ulega wątpliwości, iż zachowanie poufności tajemnicy przedsiębiorstwa będzie się wiązało z ograniczeniem fundamentalnej zasady każdego postępowania sądowego czy administracyjnego, jaką jest jawność. Została ona wyrażona w art. 45 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej²⁹, który stanowi że „wyłączenie jawności rozprawy może nastąpić ze względu na moralność, bezpieczeństwo państwa i porządek publiczny oraz ze względu na ochronę życia prywatnego stron lub inny ważny interes prywatny. Wyrok ogłaszany jest publicznie”. Zasada jawności występuje wspólnie z innymi kluczowymi zasadami. W postępowaniu administracyjnym – z zasadą czynnego udziału strony w postępowaniu, równości stron, budzenia zaufania uczestników postępowania do władzy publicznej, informowania oraz prawdy obiektywnej. Zaś w postępowaniu cywilnym z zasadą dyspozycyjności, kontrydiktoryjności oraz również równości stron. Rola ustawodawcy jest niebagatelna, ponieważ musi on znaleźć złoty środek, aby wyważyć wszystkie te zasady wraz z prawem do tajemnicy przedsiębiorstwa, aby to ostatnie pozostało bez uszczerbku, a jednocześnie, aby druga strona miała zapewnione wszystkie najważniejsze konstytucyjne prawa – w tym prawo do sprawiedliwego procesu (art. 45 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej).

6. Tajemnica przedsiębiorstwa w postępowaniu cywilnym

Przedsiębiorca chcący dochodzić sądowej ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa musi wykazać – zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu – że informacje, których ochrony się domaga i których ujawnienia nie chce, mają status tajemnicy przedsiębiorstwa. Musi on również wykazać, że podjął działania wymagane ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (o których była mowa wyżej) oraz że naruszytel nielegalnie lub sprzecznie z dobrymi obyczajami wykorzystał te informacje³⁰. Ciężko jest udowodnić przesłanki ochrony stawiane przez u.z.n.k. nie wyjawiając przy tym owych informacji poufnych. Trudno jest też dysponować dowodem naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez drugą stronę mając na względzie charakter praw własności

²⁸ Dyrektywa Parlamentu i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem (Dz.U. UE. Dz.U. L 157/1 z 15.6.2016).

²⁹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 (Dz.U. z 1997, Nr 78, poz. 483 z 2001, Nr 28, poz. 319, z 2006, Nr 200, poz. 1471, z 2009, Nr 114, poz. 946).

³⁰ A. Michalak, *Komentarz do art. 11 [w:] Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, red. M. Sieradzka, M. Zdyb, Warszawa 2016, s. 440.

intelektualnej. Powstaje więc pytanie, czy sąd może zastosować w tym względzie domniemanie faktyczne z art. 231 Kodeksu postępowania cywilnego (dalej jako: k.p.c.)³¹. Artykuł ten stanowi, że sąd może uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów. Orzecznictwo jest w tym zakresie niejednorodne, chociaż większość sądów przyjmuje taką możliwość. Na pewno na akceptację nie zasługuje orzeczenie SA w Poznaniu, który stwierdza, iż „z faktu, że pozwany był pracownikiem i że po ustaniu stosunku pracy prowadził działalność konkurencyjną, obejmującą czynności analogiczne, jak podczas zatrudnienia, nie wynikały żadne, działające na korzyść powoda domniemanie faktyczne lub prawne, zwalniające go z obowiązku dowodzenia, że doszło do wypełnienia przez pozwanego hipotez przepisów art. 11 u.z.n.k.³²”. Jak słusznie twierdzi A. Michalak „zasady doświadczenia życiowego wskazują, że w przypadku wykonywania przez pracownika identycznej lub zbliżonej pracy na rzecz konkurenta swojego byłego pracodawcy, może dojść do naruszenia tajemnic przedsiębiorstwa. W szczególności jeżeli nowy podmiot, do którego przechodzi pracownik, niemal od razu rozpoczyna taką działalność jak były pracodawca, bez potrzebnego czasu na zdobycie rynku, pozyskania klientów czy stosownego *know-how*”³³. W tym duchu można również znaleźć orzeczenia Sądu Najwyższego, który stwierdza, że na podstawie doświadczenia życiowego, zdroworozsądkowego rozumowania oraz ustalonych faktów można przyjąć domniemanie faktyczne naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa³⁴. Również fakt przesłania sobie przez pracownika poufnych dokumentów pracodawcy na prywatną skrzynkę mailową, tuż przed terminem ustania stosunku pracy, może wskazywać na naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa³⁵. Na aprobatę zasługuje również orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Krakowie, który przyjął naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa na podstawie zeznań świadków, stwierdzając, iż „zasada swobodnej oceny dowodów odnosi się do wszystkich środków dowodowych”³⁶.

Równie ważnym problemem jest ochrona informacji poufnych w trakcie przebiegu procesu w taki sposób, aby nie doszło do ich ujawnienia. Niestety, znajdujące się w k.p.c. regulacje pozwalające na efektywną ochronę tych informacji, a przy tym pozwalające zachować gwarancje procesowe, są niewystarczające i nie zmieniła tego transponowana do porządku prawnego wspomniana już dyrektywa 2016/943. Naturalnie poprawiła ona trochę tę sytuację. Na gruncie samego k.p.c. przepisem ograniczającym jawność jest art. 153 § 1¹ k.p.c., który stanowi, że „sąd na wniosek strony zarządza odbycie posiedzenia lub jego części przy drzwiach zamkniętych, gdy mogą być ujawnione okoliczności stanowiące tajemnicę jej przedsiębiorstwa”. Jak wynika

³¹ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 roku – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2018, poz. 2432, z 2019, poz. 60).

³² Wyrok SA w Poznaniu z dnia 24 listopada 2010 r., I ACa 887/10, LEX nr 898663.

³³ A. Michalak, *Komentarz do art. 11...*

³⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 lutego 2014 r., V CSK 176/13, LEX nr 1331477.

³⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 września 2011 r., II PK 59/14, LEX nr 15003256.

³⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 15 listopada 2012 r., I ACa 1024/12.

z przepisu, odbycie posiedzenia lub jego części przy drzwiach zamkniętych z uwagi na ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa następuje wyłącznie na wniosek strony, która jest dysponentem tych informacji. Wniosek ten strona powinna odpowiednio uzasadnić, w tym wskazać charakter poufnej informacji. Należy się opowiedzieć za taką wykładnią, ponieważ nie nakłada ona na stronę obowiązku przedstawienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, a jedynie ich rodzaj, co już powinno pozwolić sądowi na ocenę, czy rozwiązania o takim charakterze mogą się mieścić w definicji z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Ponadto wnioskujący powinien wykazać istnienie także pozostałych przesłanek z art. 11 u.z.n.k. – czyli przede wszystkim wskazać podjęte działania mające na celu utrzymanie informacji w poufności³⁷. Odbycie posiedzenia przy drzwiach zamkniętych oznacza, że nie będzie ono dostępne dla publiczności. Krąg podmiotów, które mogą być obecne na sali, wyznacza art. 154 k.p.c. i są to strony, interwenienci uboczni, ich przedstawiciele ustawowi i pełnomocnicy, prokurator oraz osoby zaufania po dwie z każdej strony. Należy podkreślić, że posiedzenie przy drzwiach zamkniętych pozostaje posiedzeniem jawnym, jednakże jego przebieg jest niedostępny dla osób „z zewnątrz”. Obecne przepisy dotyczące postępowania zwykłego nie pozwalają na wyłączenie jawności wewnętrznej, tj. wzajemnie między stronami procesu, co mogłoby prowadzić np. do ograniczenia wglądu strony w materiał dowodowy. Jednakże dyrektywa 2016/943 dodała art. 23 ust. 3, który mówi, że:

karze określonej w ust. 1 (tj. grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2) podlega, kto ujawnia lub wykorzystuje informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, z którą zapoznał się, biorąc udział w rozprawie lub w innych czynnościach postępowania sądowego dotyczącego roszczeń z tytułu czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na naruszeniu tajemnicy przedsiębiorstwa albo przez dostęp do akt takiego postępowania, jeżeli w postępowaniu tym została wyłączona jawność rozprawy.

Taka zmiana jest z pewnością zmianą pożądaną i jest to dobry krok w kierunku skuteczniejszej ochrony informacji poufnych. W takim przypadku za uzasadnione wydaje się również zobligowanie sądu prowadzącego postępowanie, w którym występuje kwestia ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, do poinformowania uczestników o zakazie z art. 23 ust. 3 u.z.n.k. Byłoby to zarówno z korzyścią dla dochodzącego ochrony oraz dla osób pozostających na sali rozpraw – te zostałyby zarówno zdyscyplinowane, jak i poinformowane o obowiązkach na nich ciążyących i konsekwencjach, które grożą za złamanie zakazu z art. 23 ust. 2 u.z.n.k. Przepis ten, będący obecnie *lex specialis*, na pewno lepiej spełni swój cel niż wcześniej powoływany w tego typu sytuacjach art. 241 § 2 Kodeksu karnego³⁸, który mówi, że publiczne rozpowszechnianie informacji z rozprawy prowadzonej z wyłączeniem jawności stanowi występki.

Przedsiębiorcy w ramach postępowania cywilnego mogą chronić swoje tajemnice także na podstawie art. 261 § 2 k.p.c., stanowiącego, że „świadek może odmówić odpowiedzi

³⁷ M. Olczyk, *Komentarz do zmiany art. 479(10) Kodeksu postępowania cywilnego wprowadzonej przez Dz.U. z 2006 r. Nr 235 poz. 1699 [w:] Komentarz do ustawy z dnia 16 listopada 2006 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, 2008, LEX nr 7848.*

³⁸ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2018, poz. 1600, 2077).

na zadane mu pytanie, jeżeli zeznanie mogłoby narazić jego lub jego bliskich, wymienionych w paragrafie poprzedzającym, na odpowiedzialność karną, hańbę lub dotkliwą i bezpośrednią szkodę majątkową albo jeżeli zeznanie miałoby być połączone z pogwałceniem istotnej tajemnicy zawodowej”. Prawo odmowy odpowiedzi na pytanie dotyczy wyłącznie świadka³⁹. Tajemnicą zawodową są pewne informacje, które osoba wykonująca określony zawód pozyskała w związku z jego wykonywaniem⁴⁰. Obowiązek zachowania tajemnicy musi wynikać z przepisów ustawowych⁴¹. Tajemnica przedsiębiorstwa może być jednocześnie tajemnicą zawodową, ale podstaw do odmowy odpowiedzi na pytanie powinno się szukać „w narażeniu na dotkliwą i bezpośrednią szkodę majątkową”, gdyż rozpatruję tutaj sytuację, kiedy dysponent informacji jest przesłuchiwany w charakterze świadka. Więc szkoda ta musi dotyczyć świadka lub jego bliskich i musi mieć charakter bezpośredni, a nie czysto hipotetyczny⁴². Świadkiem może być tylko osoba fizyczna, z wyłączeniem osób wymienionych w art. 259 k.p.c. Powstaje problem, gdy w charakterze świadka przesłuchiwany jest pracownik, który jest w posiadaniu poufnych informacji. Wydaje się, że jest on zobowiązany odpowiedzieć na pytania dotyczące poufnych informacji. Nie może on w takim wypadku powołać się na prawo odmowy zeznań z art. 261 § 2 k.p.c., gdyż pracownik nie musi być i zazwyczaj nie jest „osobą bliską” w rozumieniu art. 261 § 1 k.p.c. Wydaje się, że w takiej sytuacji jedynym wyjściem na uniknięcie wyjawienia tajemnicy przedsiębiorstwa jest zastosowanie zasady *in dubio pro protectione* przez sąd. Na wniosek uprawnionego powinien on stosować wykładnię, która będzie dążyła do możliwie maksymalnej ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Według prof. Sołtysińskiego i Gogulskiego wszelkie luki w przepisach szczegółowych konkretnych procedur, które dotyczą ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, powinny być wypełniane w zgodzie z konstytucyjną zasadą ochrony własności oraz innych praw majątkowych, tak aby zapewnić realną ochronę informacji poufnych⁴³. Warto na sam koniec zacytować orzeczenie Naczelnego Sądu Administracyjnego, który stwierdził, że „sposobem gwarantującym prowadzenie postępowania w sprawie zawarcia umowy (...) z zachowaniem uczciwej konkurencji będzie takie jego prowadzenie, które nie dopuści do przekazania, ujawnienia lub wykorzystania informacji stanowiących tajemnicę usługodawcy”⁴⁴. Wyrok ten nie dotyczy żadnej z procedur sądowych, ale wskazuje na zdroworozsądkowe podejście, mające na celu otrzymanie poufnych informacji w tajemnicy.

³⁹ K. Flaga-Gieruszyńska, *Komentarz do art. 261 [w:] Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Zieliński, Warszawa 2017, nb. 5, www.sip.legalis.pl.

⁴⁰ E. Rudkowska-Ząbczyk, *Komentarz do art. 261 [w:] E. Marszałkowska-Krześ, Kodeks Postępowania Cywilnego*, nb. 19.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ S. Gogulski, S. Sołtysiński, *Komentarz do art. 11...*

⁴⁴ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 16 czerwca 2011 r., II GSK 264/10.

7. Zakończenie

Na początku artykułu starałem się zwięźle przedstawić pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa na gruncie znowelizowanej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Definicja tego pojęcia oraz spełnienie określonych przesłanek wyrażonych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. mają fundamentalne znaczenie dla ochrony proceduralnej informacji niejawnych. Potrzeba ochrony poufnych informacji gospodarczych została już dawno dostrzeżona w wielu ustawodawstwach, a mimo to ciągle jest niedoskonała, mimo wielu prób poprawy sytuacji. Również najnowsza dyrektywa 2016/943, moim zdaniem, nie spełnia pokładanych w niej wcześniej nadziei i nie wprowadza fundamentalnych zmian. W zasadzie narzędzia proceduralne, mające chronić tajemnice przedsiębiorstwa przed wyjawieniem w celu ich efektywniejszej prawnomaterialnej ochrony, nie zostały poszerzone na gruncie Kodeksu postępowania cywilnego. A przecież to było celem dyrektywy. Na pewno pozytywnym aspektem jest wprowadzenie art. 23 ust. 3 u.z.n.k., który wprowadził „nową” sankcję na strony postępowania. Nie jestem jednak przekonany co do rzeczywistej skuteczności tego przepisu, którego zakres wydaje się zbyt wąski. Nie można natomiast nie docenić starań unijnego ustawodawcy w celu uszczelnienia systemu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Jest to na pewno dobry pierwszy krok. Ponieważ, jak napisano w motywie dyrektywy, *know-how* i informacje są walutą gospodarki opartej na wiedzy oraz zapewniają przewagę konkurencyjną.

* * *

The Concept of Corporate Secret and Its Protection in Polish Civil Procedure – Selected Issues

This article aims to present current Polish regulation in the field of legal protection of trade secrets. At the beginning author will discuss the meaning of this term and after that he will elaborate the legal nature of it. He will also try to show relation between „trade secrets” and „know-how”. Then he will describe what legal instruments are available for a businessmen to protect their trade secrets in Polish civil court. At the end, author will present if the EU directive 2016/943 solved procedural problems that should help to protect trade secrets.

Key words: trade secrets, know-how, unfair competition

Przemysław Piotr Juściński¹

Czy androidy śnią o prawach autorskich? Twórczość kreatywnych robotów w świetle aktualnych przepisów prawa autorskiego na bazie przypadku *The Next Rembrandt*²

Streszczenie:

Choć dotychczas sztuczna inteligencja była jedynie domeną fantastyki naukowej, w ostatnich latach stała się przedmiotem dużego zainteresowania również nauki i prawa. Rozwój technologiczny i ostatnie osiągnięcia w dziedzinie cybernetyki doprowadziły do powstania tak nowatorskich rozwiązań, jak kreatywne roboty, które potrafią tworzyć dzieła sztuki odrywające się od ludzkiego rzemiosła i wpływu człowieka. Wiodącym tego przykładem jest obraz *The Next Rembrandt*, stanowiący doskonałą imitację stylu i techniki malarskiej Rembrandta, stworzony jednakże przez komputer. Dotychczas prawo autorskie uznawało programy komputerowe generujące utwory jedynie za narzędzia pomocne człowiekowi w procesie twórczym. W przypadku jednak podejmowania kluczowych dla powstania utworu decyzji nie przez człowieka, lecz właśnie przez robota, pojawia się pytanie, czy tak powstałe dzieło zasługuje na ochronę prawnoautorską.

Niestety nie można nie oprzeć się wrażeniu, że aktualne rozwiązania prawne na tym polu nie biorą takiego scenariusza pod uwagę, a interwencja ustawodawcy w tej kwestii prędzej czy później okaże się nieunikniona. Istotne przy tym jest bieżące reagowanie

¹ Student V roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. Artykuł powstał w listopadzie 2017 roku – od tego czasu zaprezentowane w nim poglądy autora uległy pewnym modyfikacjom.

² Tytuł artykułu stanowi nawiązanie do powieści P.K. Dicka, *Do Androids Dream of Electric Sheep?* (dostępnej również w polskim tłumaczeniu: *Blade Runner: Czy androidy marzą o elektrycznych owcach?*, tłum. S. Kędzierski, Poznań 2017). Zob. Też np. A. Guadamuz, *Do Androids Dream of Electric Copyright? Comparative Analysis of Originality in Artificial Intelligence Generated Works*, *Intellectual Property Quarterly* 2/2017, <https://ssrn.com/abstract=2981304>, 25.10.2017, który to autor posłużył się podobnym tytułem w swoim artykule.

na pojawiające się coraz to nowsze wyzwania, jakie rozwój nowych technologii – na czele ze sztuczną inteligencją – stawia przed prawem autorskim.

Słowa kluczowe: sztuczna inteligencja, kreatywne roboty, prawo autorskie, utwór

1. Wprowadzenie

O tym, jakim zainteresowaniem od lat cieszy się sztuczna inteligencja, niech świadczy jej obecność w literaturze i filmie. S. Lem w *Summa technologiae* zastanawia się na przykład, czy wykonalne będzie w przyszłości zbudowanie mózgu elektronicznego, stanowiącego niemożliwą do odróżnienia kopię żywego mózgu³. W *2001: Odysei kosmicznej*⁴ (powieści A.C. Clarke'a, a także – bardziej znanym – filmie S. Kubricka pod tym samym tytułem) komputer HAL 9000 kieruje ekspedycją statku kosmicznego Discovery One, jako jedyny członek załogi znając cel misji. P.K. Dick bohaterami swojej powieści *Czy androidy marzą o elektrycznych owcach?* uczynił androidy, roboty do złudzenia imitujące ludzi.

Sztuczną inteligencją interesuje się również kino, szczególnie ostatnimi czasy. Kilka lat temu S. Jonze wyreżyserował film *Ona*⁵, opowiadający historię mężczyzny, który zaczyna żywić uczucia do systemu operacyjnego, Samantha. Samantha, oprócz tego, że jest obdarzona ludzkim głosem, posiada intuicję i zdolność uczenia się na podstawie własnych doświadczeń, przejawia również zdolności twórcze – potrafi skomponować muzykę i napisać do niej słowa. Z kolei Ava z filmu *Ex Machina*⁶ w reżyserii A. Garlanda, humanoidalny robot obdarzony kobiecą twarzą, sylwetką i głosem, jest zdolna naszkicować imponujący pod względem artystycznym rysunek. Nie ulega wątpliwości, że twórczość Samantha i Avey byłaby objęta ochroną prawnoautorską, gdyby tylko została dokonana przez człowieka. Ponieważ jednak zarówno wspomnianą kompozycję, jak i obraz stworzyły roboty, pojawia się pytanie, jak potraktowałoby je prawo autorskie w swoim obecnym kształcie.

Oczywiście wskazane przypadki stanowią przykład jedynie teoretycznej dyskusji, opartej w gruncie rzeczy na fikcyjnych historiach filmowych. Biorąc jednak pod uwagę galopujący rozwój technologiczny i najnowsze osiągnięcia w dziedzinie cybernetyki, hipotetyczny charakter dyskursu zdaje się przekształcać w coraz bardziej realny problem, z którym w najbliższych latach nieuchronnie będzie musiało się zmierzyć prawo autorskie. Na czoło najnowszych dokonań naukowych wysuwa się obraz *The Next Rembrandt*⁷, stanowiący doskonałą imitację stylu i techniki malarskiej Rembrandta van Rijna, stworzony, co najistotniejsze, przez komputer. Dotychczas prawo autorskie uznawało programy komputerowe generujące utwory jedynie za narzędzia, którymi posługuje się człowiek w procesie twórczym. W przypadku jednak podejmowania kluczowych dla powstania utworu decyzji nie przez człowieka, tylko właśnie przez robota,

³ S. Lem, *Summa technologiae*, Kraków 2000, s. 117.

⁴ A.C. Clarke, *Odyseja kosmiczna 2001*, tłum. J. Polak, Warszawa 1995; *2001: A Space Odyssey*, reż. S. Kubrick, Metro-Goldwyn-Mayer 1968.

⁵ *Her*, reż. S. Jonze, Untitled Rick Howard Company LLC 2013.

⁶ *Ex Machina*, reż. A. Garland, Universal City Studios Productions LLLP 2014.

⁷ Więcej na ten temat w dalszej części artykułu.

pojawia się pytanie, czy dotychczasowe myślenie o komputerze i jego roli w powstawaniu utworów nadal pozostaje adekwatne do rzeczywistości i aktualnego stanu techniki.

Niniejszy artykuł stanowi próbę odpowiedzi na pytanie, czy twórczość robotów takich jak program wykorzystany w projekcie *The Next Rembrandt*, stanowi utwór w rozumieniu prawa autorskiego (a jeśli tak, to kto jest jego autorem w świetle aktualnych przepisów prawnoautorskich), jak również, czy prawo autorskie w swoim obecnym kształcie jest przygotowane na wyzwania, jakie stawia przed nim sztuczna inteligencja, jak nigdy przedtem realna i osiągalna.

Wypada zaznaczyć, że niniejsza analiza opiera się na pewnej fikcji, jako że zakłada dokonywanie oceny prawnoautorskich aspektów obrazu *The Next Rembrandt* w oparciu o przepisy prawa polskiego – takie też było założenie metodologiczne artykułu.

2. Pojęcie „sztucznej inteligencji”

Odpowiedź na postawione wyżej pytania powinna być poprzedzona stosowną analizą pojęcia i sposobu działania sztucznej inteligencji. Określenie „sztuczna inteligencja” (ang. *artificial intelligence*; dalej także jako: SI) zostało ukute przez J. McCarthy’ego w roku 1956. Sam twórca pojęcia definiuje SI jako „naukę i inżynierię polegającą na tworzeniu inteligentnych maszyn, w szczególności inteligentnych programów komputerowych”⁸. Nie jest to jednak oficjalnie przyjęte objaśnienie pojęcia, w dodatku należy uznać, że ma ono dość nieprecyzyjny charakter. Problem w tym, że do tej pory nie powstała żadna powszechnie przyjęta definicja SI, a te dotychczas uformowane różnią się między sobą, koncentrując się w dodatku na ludzkich cechach samych w sobie trudnych do zdefiniowania, takich jak m.in. świadomość, zdolność uczenia się czy umiejętność rozumowania⁹. Na potrzeby niniejszego artykułu wydaje się jednak, że za w pełni adekwatne należy uznać objaśnienie SI dokonane przez M.U. Scherera – autor ten wskazał na jej odnośnienie się do maszyn zdolnych do podejmowania zadań, które wykonane przez człowieka wymagają inteligencji¹⁰. Jak zauważa zresztą J. McCarthy, solidna definicja SI nie może się obejść bez odniesienia do ludzkiej inteligencji, ponieważ „nie udało nam się jeszcze ogólnie scharakteryzować, jakie procedury obliczeniowe chcemy nazywać inteligentnymi. Rozumiemy niektóre mechanizmy inteligencji, a innych nie”¹¹. Z twierdzeniem tym nie sposób się nie zgodzić, odniesienie do człowieka będzie bowiem zawsze nieuniknio-

⁸ „[Artificial intelligence] is the science and engineering of making intelligent machines, especially intelligent computer programs” – J. McCarthy, *What is Artificial Intelligence?*, John McCarthy’s home page (12th November 2007), p. 2, <http://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai.pdf>, 25.11.2017.

⁹ Zob. M.U. Scherer, *Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies* (30th May 2015), Harvard Journal of Law & Technology 29(2)/2016, p. 359–360, <https://ssrn.com/abstract=2609777>, 25.11.2017. Zob. także S.J. Russell, P. Norvig, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, 3d. ed., New Jersey 2010, p. 1–2, w której to publikacji autorzy przedstawiają aż osiem różnych definicji SI.

¹⁰ „»Artificial intelligence« refers to machines that are capable of performing tasks that, if performed by a human, would be said to require intelligence” – M.U. Scherer, *op.cit.*, p. 362.

¹¹ „The problem is that we cannot yet characterize in general what kinds of computational procedures we want to call intelligent. We understand some of the mechanisms of intelligence and not others” – J. McCarthy, *op.cit.*, p. 3.

ne – już samo pojęcie „sztucznej inteligencji” zawiera w sobie określenie: „inteligencja”, która jak dotąd uznawana była (raczej bez zastrzeżeń) za wyłączny atrybut człowieka.

System SI może być pojmowany w dwojnasób – zarówno jako koncepcja, jak i technologia; w przypadku SI w drugim z przedstawionych znaczeń system SI obejmuje zarówno *hardware*, czyli sprzęt komputerowy, jak i *software*, czyli oprogramowanie, tym samym mogąc odnosić się zarówno do robotów, programów działających na pojedynczych komputerach, programów uruchamianych na komputerach sieciowych czy też do dowolnego innego zestawu składników, który obsługuje SI¹². Na potrzeby niniejszego artykułu jako komponenty SI używane będą zbiorczo pojęcia zarówno systemu (systemów) SI, jak i kreatywnych robotów¹³ (w celu odróżnienia ich od zwykłych robotów poprzez wskazanie na zasadniczą cechę tych pierwszych, jaką jest przejawianie swego rodzaju kreatywności, rozumianej jako zdolność do tworzenia oryginalnych rozwiązań).

3. Charakterystyka systemów SI

Na potrzeby dyskusji na temat praw kreatywnych robotów do ich swoistej twórczości, jak również zasadności przyznania im ewentualnej podmiotowości prawnej, konieczne jest dostatecznie wnikliwe scharakteryzowanie sposobu funkcjonowania sztucznej inteligencji. Systemy SI są zaprogramowane tak, by wzorować się na ludzkiej percepcji i imitować ją na kilku etapach¹⁴, dzięki czemu nieustannie się rozwijają, stopniowo odrywając się od wpływu ich stwórców. W ślad za S. Yanisky-Ravid i S. Moorheadem¹⁵ można wskazać na dziesięć cech świadczących o zdolności kreatywnych robotów do samodzielnego tworzenia (w nawiasach podano oryginalne określenia, którymi posłużyli się autorzy):

- 1) kreatywność (*creativity*) – systemy SI potrafią stworzyć całkowicie nowe i oryginalne dzieła,
- 2) autonomiczność i samodzielność (*autonomous and independent*) – systemy SI potrafią samodzielnie wykonywać pracę, przy niewielkiej ingerencji człowieka,
- 3) nieprzewidywalność i nowość rezultatów (*unpredictable and new results*) – kreatywne roboty wykonują działania, których nie potrafi przewidzieć człowiek odpowiedzialny za wprowadzenie do systemu konkretnego algorytmu, rezultaty te nie są przy tym kopią innych dzieł,

¹² M.U. Scherer, *op.cit.*, p. 362.

¹³ Pojęciem *creative robots* posługują się w swoim artykule S. Yanisky-Ravid i L.A. Velez-Hernandez; zob. S. Yanisky-Ravid, L.A. Velez-Hernandez, *Copyrightability of Artworks Produced by Creative Robots, Driven by Artificial Intelligence Systems and the Concept of Originality: The Formality – Objective Model* (30th March 2017), artykuł ukaże się [w:] Minnesota Journal of Law, Science & Technology, <https://ssrn.com/abstract=2943778>, 25.11.2017, p. 4.

¹⁴ Por. M. Orozco-Alzate, C.G. Castellanos-Domínguez, *Comparison of the Nearest Feature Classifiers for Face Recognition*, Machine Vision & Applications 17(5)/2006, p. 279 [za:] S. Yanisky-Ravid, S. Moorhead, *Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Accountability and Copyright – The Human-Like Workers Are Already Here – A New Model* (24th April 2017), artykuł ukaże się [w:] Michigan State Law Review, <https://ssrn.com/abstract=2957722>, 25.11.2017, p. 18.

¹⁵ S. Yanisky-Ravid, S. Moorhead, *op.cit.*, p. 21–23; przedstawione opisy poszczególnych cech oparte są w znacznej mierze na przywołanym fragmencie publikacji.

- 4) zdolność do gromadzenia danych i kontakt z danymi z zewnątrz (*capable of data collection and communication with outside data*) – roboty te działają nie tylko na podstawie danych wprowadzonych przez człowieka, lecz także na podstawie poszukiwanych przez siebie danych zewnętrznych, co stanowi istotną cechę tych systemów,
- 5) zdolność uczenia się (*learning capability*) – systemy SI na podstawie zebranych danych poprawiają rezultaty swoich działań,
- 6) rozwijanie się (*evolving*) – kreatywne roboty, dzięki umiejętności pobierania danych z zewnątrz i poprawiania dotychczasowych rezultatów, nieustannie ewoluują,
- 7) rozumność i inteligencja systemu (*rational-intelligent system*) – systemy SI posiadają mechanizm pozwalający na postrzeganie danych i decydowanie, przy podjęciu jakich czynności (lub zaniechaniu podjęcia) zwiększą szanse na skuteczne osiągnięcie zamierzonego celu,
- 8) sprawność (*efficiency*) – systemy SI potrafią dokładnie, wydajnie i szybko przetwarzać ogromne ilości danych,
- 9) „wolny wybór” (*„free choice”*) – możliwość wyboru między alternatywami,
- 10) zorientowanie na cel (*goal oriented*) – systemy te swoimi działaniami dążą do osiągnięcia zamierzonego celu (na przykład malowania obrazów, takich jak *The Next Rembrandt*).

Wskazane wyżej cechy są istotne z punktu widzenia tematu niniejszego artykułu. To właśnie za ich sprawą kreatywne roboty potrafią bowiem tworzyć kompozycje, opowiadania, powieści i inne artystyczne wytwory, stanowiące zagadkę dla prawa autorskiego.

4. *The Next Rembrandt*

Za kreatywnego robota spełniającego powyższe kryteria z pewnością uznać można program, który stworzył obraz zatytułowany *The Next Rembrandt* („Następny Rembrandt”) – jego wyjątkowość polega na tym, że jakkolwiek wygląda on jak dzieło holenderskiego malarza Rembrandta van Rijna, do złudzenia odzwierciedlając jego technikę i styl malarski, nie został on przez Rembrandta namalowany (wypada przy tym zaznaczyć, że nie jest on również kopią któregośkolwiek z dzieł malarza, a jedynie całkowicie oryginalnym tworem¹⁶). W dodatku nie namalowała go żadna istota ludzka, *The Next Rembrandt* to dzieło stworzone bowiem przez komputer. Grupa tzw. *data scientists*¹⁷, inżynierów i historyków sztuki podjęła się analizy techniki, stylu i tematyki obrazów Rembrandta, by następnie wprowadzić zdobytą wiedzę

¹⁶ Przypadek *The Next Rembrandt* przywodzi na myśl sprawę van Meegerena, o której szerzej w dalszej części artykułu.

¹⁷ O zawodzie *data scientist* zob. na przykład: jl/pap, *Przyszłość IT – mistrzowie danych i kognitywne komputery* (12.03.2015), <https://www.forbes.pl/wiadomosci/przyszlosc-it-to-kognitywne-komputery-i-kluczowa-rola-mistrzow-danych/mx7xb1j>, 25.11.2017. W cytowanym artykule zawód *data scientist* przetłumaczono jako „mistrz danych” – to skądinąd niefortunne tłumaczenie stanowi jedną z prób stworzenia polskiego odpowiednika nazwy omawianego zawodu.

do oprogramowania, które w oparciu o wprowadzone dane wygenerowało całkowicie nowy obraz, używając do tego celu najnowszej technologii druku 3D¹⁸.

Na podstawie poczynionych badań zespół pracujący nad projektem ustalił, że Rembrandt w swojej twórczości malował najczęściej portrety białych mężczyzn w przedziale wiekowym 30–40 lat, z zarostem, w czarnym ubiorze, z białym kołnierzem i kapeluszem, zwróconych w prawo¹⁹. Na bazie tych ustaleń zaczęto szczegółowe porównywanie obrazów odpowiadających wskazanemu profilowi. Algorytm rozpoznawania twarzy zidentyfikował i sklasyfikował najbardziej typowe wzory geometryczne stosowane przez Rembrandta do malowania ludzkich cech fizjonomicznych. Po „nauczeniu się” ustalonych zasad, program zaczął powielać styl Rembrandta, generując nowy, „twórczy” i niezależny od jakiegokolwiek utworu malarza obraz. Efekt jego pracy przedstawia się następująco:



The Next Rembrandt, <https://www.theguardian.com/artanddesign/2016/apr/05/new-rembrandt-to-be-unveiled-in-amsterdam>.

¹⁸ Zob. S. Schlackman, *The Next Rembrandt: Who holds the Copyright in Computer Generated Art* (22nd April 2016), <https://artlawjournal.com/the-next-rembrandt-who-holds-the-copyright-in-computer-generated-art/>, 25.11.2017.

¹⁹ Przedstawiony opis procesu powstawania obrazu *The Next Rembrandt* powstał w oparciu o informacje zamieszczone na stronie internetowej projektu: *The Next Rembrandt*, <https://www.nextrembrandt.com/>, 25.11.2017; zob. też *The Next Rembrandt* (5th April 2016), <https://www.youtube.com/watch?v=luygOYZ1Ngo>, 25.11.2017.

Śmiało można postawić tezę, że powstały rezultat jest nieodróżnialny od ludzkich wytworów – w tym sensie, że ocena obrazu, w oderwaniu od jakichkolwiek informacji o sposobie jego powstania, najpewniej prowadziłyby do uznania, że mamy w tym wypadku do czynienia z dziełem człowieka. Powstanie *The Next Rembrandt* wywołało lawinę pytań – komu przysługują prawa autorskie do obrazu? Członkom zespołu, inwestorom (ING i partnerzy), a może żadnemu z wymienionych podmiotów? Czy można bowiem uznać, że powstały wytwór zasługuje na ochronę prawnoautorską?

Dla odpowiedzi na powyższe pytania konieczne jest przeanalizowanie przepisów prawa autorskiego²⁰.

5. *The Next Rembrandt* a przedmiot prawa autorskiego

Ustawa o prawie autorskim²¹ w art. 1 określa przedmiot prawa autorskiego. Przepis ten zawiera **definicję utworu**, którym jest każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiejkolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia. Tym samym ustawodawca wskazuje na trzy kryteria konieczne dla objęcia wytworu intelektualnego ochroną prawnoautorską:

- 1) stanowi on przejaw działalności twórczej,
- 2) ma indywidualny charakter,
- 3) jest ustalony w jakiejkolwiek postaci.

Ostatnie z wymienionych kryteriów (ustalenie) jest w omawianym przypadku najmniej problematyczne. Nie ulega bowiem wątpliwości, że *The Next Rembrandt* został uzewnętrzniony „w jakiejkolwiek postaci” – obraz za pomocą drukarki 3D został wydrukowany na płótnie, dzięki czemu doszło do jego zakomunikowania szerszej publiczności²².

²⁰ Jak już sygnalizowałem we wprowadzeniu, w niniejszym artykule ograniczę się do polskich regulacji.

²¹ Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2017, poz. 880); dalej jako: pr.aut.

²² Por. na przykład: J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie i prawa pokrewne*, Warszawa 2017, s. 25. Zob. też W. Machała, *Przedmiot prawa autorskiego*, Warszawa 2013, s. 216; E. Ferenc-Szydelko [w:] *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, red. E. Ferenc-Szydelko, Warszawa 2016, art. 1, nb. 24, przy czym należy zauważyć, że autorka, analizując tę przesłankę, utożsamia pojęcie ustalenia utworu z jego przejawieniem – „ochrona prawna (...) wytworu jest możliwa wtedy, gdy twórca go uzewnętrzní, czyli przejawí, nadając mu jakąś postać, (...) tj. dokonane ustalenie utworu” – tym samym kładąc przy niej większy nacisk na formę ustalenia (ustalenie *w jakiejkolwiek postaci*) aniżeli na samą czynność ustalenia. Autorka najpewniej uznaje, że wymóg uzewnętrznienia utworu realizuje się bowiem już w pierwszej z podanych przesłanek (*przejaw działalności twórczej jako jej uzewnętrznienie*). Podobne stanowisko zajmuje K. Grzybczyk, która zrównuje postrzegalny rezultat, efekt działalności twórczej z uzewnętrznionym przejawem określonego ludzkiego działania – zob. K. Grzybczyk [w:] *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, red. P. Ślęzak, Warszawa 2017, art. 1, nb. 5, 25. Uważam jednak, że pojęć „przejawienia” i „ustalenia” nie należy w tym względzie ze sobą utożsamiać. Obie przesłanki wskazują na odmienne cechy utworu – przejaw działalności twórczej należy rozumieć jako jej określony rezultat, z kolei ustalenie odnosi się do wymogu jego postrzegalności. Bez wątpienia rezultat ten ze swej istoty musi zostać uzewnętrzniony, aby móc stwierdzić, że w ogóle powstał. W moim odczuciu jednak, pomimo widocznego powiązania rezultatu twórczości i jego uzewnętrznienia, omawiane pojęcia określają zupełnie co innego.

Pierwsze poważne przeszkody mogą się pojawić przy badaniu pozostałych dwóch przesłanek. „**Przejaw działalności twórczej**” J. Barta i R. Markiewicz proponują określać mianem „**oryginalności**”, a obie przesłanki rozpatrywane łącznie – tj. przejaw działalności twórczej i indywidualny charakter – pojęciem „**twórczości**”²³ i taką też terminologię przyjmują w niniejszym artykule. Kryterium oryginalności jest interpretowane w literaturze jako wytwór umysłowości twórcy, który został ujawniony²⁴, czy rezultat działalności człowieka o charakterze kreacyjnym²⁵, przy czym omawiana przesłanka jest „ujmowana wyłącznie w płaszczyźnie nowości subiektywnej i zorientowana retrospektywnie”²⁶. Przy jej wyjaśnianiu wskazuje się na wymóg doniosłości kulturowej badanego obiektu (tak pozytywnej, jak i negatywnej), jednocześnie ochrona „twórczego” obiektu jest zapewniona niezależnie od jego wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia²⁷. Zasadniczych problemów z punktu widzenia zagadnienia niniejszego artykułu nastręcza już samo analizowanie przez literaturę tego kryterium niejako z góry z perspektywy twórcy-człowieka.

Równie problematyczna jest przesłanka **indywidualności** dzieła, którą należy rozumieć jako cechę pozwalającą na odróżnienie go od innych utworów dzięki piętnu osobistemu autora. W literaturze wskazuje się, że dzieło ma charakter indywidualny, jeśli „stanowi subiektywnie (z perspektywy twórcy) nowy wytwór intelektu i nosi piętno osobiste twórcy”²⁸ czy wręcz jeśli posiada ono właściwości związane z niepowtarzalną osobowością człowieka²⁹ – pojmowanie kryterium indywidualności dzieła w taki właśnie sposób (przynajmniej na pierwszy rzut oka) zmusza do odmówienia wytworowi kreatywnego robota statusu utworu w rozumieniu prawa autorskiego, nie tylko bowiem problematyczne jest uznanie, że system SI może mieć osobowość pozwalającą na odcisnięcie jego osobistego piętna na wytworze, ale przede wszystkim nie jest i nigdy nie będzie człowiekiem³⁰.

Na marginesie należy zauważyć, że również prawo Unii Europejskiej dokonuje ocen kryteriów utworu z perspektywy ludzkiego autorstwa, wskazując na wymóg oryginalności rozumianej jako „własna intelektualna twórczość autora”, która „odzwierciedla jego osobowość”³¹.

²³ J. Barta, R. Markiewicz, *Przedmiot prawa autorskiego* [w:] *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, red. J. Barta, R. Markiewicz, Warszawa 2011, s. 22.

²⁴ Tak E. Ferenc-Szydełko, *op.cit.*, art. 1, nb. 7.

²⁵ J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie i prawa...*, s. 29.

²⁶ *Ibidem*, s. 30.

²⁷ Por. W. Machała, *op.cit.*, s. 216.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie*, Warszawa 2016, s. 49.

³⁰ W doktrynie pojawiają się jednak propozycje uznania w takim wypadku istnienia piętna nie tyle programu, co jego twórcy, o czym szerzej będzie mowa w dalszej części artykułu.

³¹ Tytułem przykładu zob. pkt 16 dyrektywy 2006/116/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. w sprawie czasu ochrony prawa autorskiego i niektórych praw pokrewnych (Dz Urz. UE z 2006 r., L 372); zob. także: pkt 88 wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 1 grudnia 2011 r. w sprawie *Eva-Maria Painer przeciwko Standard VerlagsGmbH i in.*, C-145/10, EU:C:2011:798, zgodnie z którym ochroną prawnautorską objęty może być tylko przedmiot, który „stanowi własną twórczość intelektualną jego autora, [tj.] gdy odzwierciedla ona jego osobowość (...), [czyli] gdy autor mógł wyrazić swe możliwości twórcze przy realizacji utworu poprzez dokonywanie

Przedstawione powyżej rozumienie przesłanek utworu ściśle wiąże się z uznawaniem przez przeważającą część doktryny prawa autorskiego³² koncepcji **subiektywnej nowości wytworu intelektualnego**, widocznej również w polskim orzecznictwie³³. Koncepcja ta została ukuta ze względu na możliwość wystąpienia tzw. **twórczości paralelnej**, czyli powstania niezależnie objętych ochroną utworów identycznych lub niemal identycznych³⁴. Teoria nowości subiektywnej analizowana jest zarówno w oparciu o przesłankę oryginalności³⁵, jak i indywidualności³⁶ dzieła, a jej kluczowym założeniem jest ocena nowości utworu z perspektywy samego twórcy. Podejście takie cechuje się silnym powiązaniem z psychiką autora, jego percepcją, procesem myślowym, wreszcie – świadomością.

Świadomość, czyli w dużym uproszczeniu zdolność postrzegania otaczającej rzeczywistości, stanowi przedmiot zainteresowań szeregu nauk, z kognitywistyką na czele. Tak jak inteligencja, świadomość przyznawana dotychczas była jedynie ludziom, jako jedynym istotom myślącym, a odmawiano jej na przykład zwierzętom. Biorąc pod uwagę dotychczas wypracowane przez naukę rozumienie wskazanych pojęć, należałoby dojść do wniosku, że kreatywny robot pokroju programu, który stworzył *The Next Rembrandt*, nie dysponuje tak właśnie pojmowaną świadomością i intelektem, co choćby w świetle przedstawionej powyżej koncepcji nowości subiektywnej kazałoby kwestionować jego ewentualny status twórcy; być może również należałoby tym samym stwierdzić brak możliwości stworzenia utworu przez takiego kreatywnego robota, jako konsekwencję uznania, że nie może on być twórcą – takie zapatrywanie zresztą zyskało poparcie części przedstawicieli doktryny.

W gruncie rzeczy należy jednak zauważyć, że zarówno inteligencja, jak i świadomość są w zasadzie nieweryfikowalne i trudne w ocenie. Być może zasadne jest zatem stanowisko, że nie można arbitralnie zanegować występowania świadomości lub inteligencji u istot innych niż człowiek. Mimo to wydaje się, że obecnie nie jest możliwe stworzenie kreatywnych robotów, które byłyby robotami w pełni świadomymi, co w gruncie rzeczy oznacza, że w najbliższej przyszłości raczej nie będziemy mieli do czynienia z systemami SI w pełnym tego pojęcia znaczeniu. Nie ma natomiast przeszkód w mówieniu o istnieniu obecnie SI rozumianej jako pewna imitacja ludzkiej inteligencji, samo pojęcie „sztucznej inteligencji” w gruncie rzeczy niejako zakłada sztuczny względem ludzkiego intelekt. Wreszcie, biorąc pod uwagę rozwój technologii, nie można wykluczyć, że w (zapewne raczej odległej) przyszłości uda się skonstruować maszynę dysponującą intelektem na wzór ludzkiego. Oznaczałoby to rzecz jasna potrzebę redefinicji podstawowych pojęć części nauk, w tym zwłaszcza psychologii i filozofii. W konsekwencji wynalazek taki miałby

swobodnych i twórczych wyborów. Poprzez dokonywanie tych różnych wyborów autor (...) jest zatem w stanie odcisnąć na tworzonym dziele swój »osobisty charakter«”.

³² Zob. np. J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie i prawa...*, s. 29.

³³ Tytułem przykładu zob. wyrok SN z dnia 22 czerwca 2010 r., IV CSK 359/09, OSNC 2011, nr 2, poz. 16; wyrok SA w Warszawie z dnia 23 października 2015 r., I ACa 121/15, LEX nr 1950255.

³⁴ Zob. J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie i prawa...*, s. 30.

³⁵ Tak np. W. Machała, *op.cit.*, s. 127, który zauważa, że: „wymóg, aby przedmiot prawa autorskiego był przejawem działalności twórczej pozostaje spełniony, jeżeli badany obiekt stanowi subiektywnie nowy efekt wysiłku intelektualnego człowieka”.

³⁶ Zob. np. W. Machała, *op.cit.*, s. 163 i nast., s. 216; E. Ferenc-Szydełko, *op.cit.*, art. 1, nb. 22; wyrok SN z dnia 30 czerwca 2005 r., IV CK 763/04, OSNC 2006, Nr 5, poz. 92.

olbrzymi wpływ na szereg dziedzin ludzkiego życia, w tym – co istotne z punktu widzenia przedmiotu niniejszego artykułu – na prawo, z prawem autorskim na czele.

6. Człowiek jako podmiot prawa autorskiego

Wskazane powyżej rozumienie kryteriów utworu wiąże się z jednoznacznym uznawaniem przez doktrynę³⁷ i orzecznictwo³⁸, że prawo autorskie chroni jedynie **rezultaty działalności człowieka**. Prezentowany pogląd ma swoje źródło w przyjęciu, że prawo to ma nagradzać wysiłek ludzki włożony w powstanie utworu, jak również chronić więź autora z jego dziełem i zachęcać go do tworzenia. Wszystkie te elementy z założenia odnoszą się jedynie do ludzkiego twórcy.

Dotychczas przyznanie praw autorskich podmiotom innym niż człowiek rozważano jedynie w kontekście zwierząt. Powszechnie komentowana na całym świecie stała się sprawa *Naruto, et al. v. David Slater, et al.*, dotycząca serii fotografii-autoportretów wykonanych przez małpę o imieniu Naruto. David Slater, fotograf, który rościł sobie prawa do zdjęć, został pozwany przez organizację PETA broniącą praw zwierząt, w celu potwierdzenia, że to makak jest autorem kontrowersyjnych fotografii. W styczniu 2016 roku sąd federalny w San Francisco odmówił jednak do nich praw makakowi, zaznaczając poza tym, że nic nie wskazuje na to, aby ochrona prawnoautorska miała zostać rozciągnięta na zwierzęta³⁹. Zaprezentowany pogląd amerykańskiego sądu jest zbieżny z dotychczasowym stanowiskiem doktryny prawa autorskiego (zarówno amerykańskiej, jak i polskiej), zgodnie z którym zwierzęta nie mogą być podmiotami praw autorskich⁴⁰.

Kwestia nadania podmiotowości prawnej nowym jednostkom stała się ostatnimi czasy szczególnie widoczna na gruncie autonomicznych samochodów (pojazdów poruszających się bez udziału człowieka), jak i twórczości komputerowej, czyli tzw. **computer-generated works** (dzieł generowanych przez komputer). Z perspektywy niniejszego artykułu interesujący jest ten drugi przypadek, dotyczący tworzenia prac przez oprogramowanie komputerowe, bez bezpośredniego wpływu człowieka. Nie ulega bowiem wątpliwości, że wytwory sztucznej inteligencji będą zaliczać się do kategorii *computer-generated works* ze względu na charakterystyczny dla nich brak czynnika ludzkiego w decydującej fazie ich wytwarzania.

W ocenie A. Nowickiej, na gruncie polskich przepisów twórcą utworów generowanych przez komputer jest wyłącznie osoba korzystająca z programu, gdyby jednak

³⁷ J. Barta i R. Markiewicz, uznają, że twórcą jest osoba fizyczna, która wniosła twórczy wkład do utworu; zob. J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo...*, s. 105. Zob. też A. Nowicka, *Podmiot prawa autorskiego* [w:] *Prawo autorskie. System Prawa Prywatnego. Tom 13*, red. J. Barta, Warszawa 2017, s. 83-84.

³⁸ Zobacz tytułem przykładu wyrok SN z dnia 25 stycznia 2006 r., I CK 281/05, OSNC 2006, Nr 11, poz. 186.

³⁹ Więcej na ten temat zob. ml/dro/, *Makak zrobił sobie selfie. Walka o prawa do zdjęć trwała niemal dwa lata*, (12.09.2017), <http://www.polsatnews.pl/wiadomosc/2017-09-12/makak-zrobil-sobie-selfie-walka-o-prawa-do-zdjec-trwala-niemal-dwa-lata/>, 25.11.2017.

⁴⁰ Zob. na przykład M. Jankowska [w:] P. Ślęzak, *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, Warszawa 2017, art. 8, nb. 5; E. Ferenc-Szydełko, *op.cit.*, art. 8, nb. 3.

efekt powstały przy użyciu programu komputerowego został osiągnięty przy braku twórczości użytkownika, nie dojdzie do powstania utworu⁴¹.

Podobnie na kwestię twórczości komputerowej zapatruje się E. Ferenc-Szydełko, według której komputer, z racji niemożności bycia podmiotem praw i obowiązków, nie może uzyskać statusu twórcy, a autorem utworu powstałego przy pomocy programu komputerowego jest korzystająca z niego osoba, niekiedy twórca programu albo nawet twórca programu i użytkownik jako współtwórcy⁴². Autorka nie analizuje natomiast bezpośrednio sytuacji braku twórczego wkładu ze strony człowieka przy generowaniu dzieła przez komputer, co z perspektywy niniejszego artykułu jest kwestią najbardziej frapującą. Na marginesie – jestem zdania, że pewne obawy przed przyjęciem w omawianym wypadku ewentualnego współautorstwa użytkownika i twórcy programu powinien budzić brak pomiędzy tymi podmiotami **porozumienia** co do stworzenia utworu⁴³. Być może właściwsze byłoby w takim wypadku rozważenie ewentualnego powstania utworu zależnego, stworzonego przez użytkownika.

W przypadku dzieła generowanego przez komputer, przy braku działalności twórczej człowieka (czy to użytkownika, czy twórcy programu), wydaje się, że przeważającym w polskiej doktrynie poglądem jest stwierdzenie braku stworzenia utworu. Zwykle sytuację taką zestawia się z zasygnalizowaną powyżej „twórczością” zwierząt, która nie jest objęta ochroną prawnoautorską. Według wskazanego zapatrywania należałoby wobec tego przyjąć, że obraz stworzony w taki sposób, jak *The Next Rembrandt*, nie jest przedmiotem prawa autorskiego i należy on do domeny publicznej.

W literaturze można jednak spotkać się z odmiennym zapatrywaniem, które uznaje przyznanie praw autorskich do komputerowo wygenerowanego dzieła autorowi programu. J. Barta i R. Markiewicz są zdania, że niemożność przewidzenia przez tę osobę finalnej treści i formy utworu nie stanowi przeszkody w dokonaniu takiej oceny. Autorzy wskazują, że obiekt taki istnieje nie dzięki programowi, ale dzięki osobie, która ten program stworzyła, w wytworze tym nie będzie również występowało „piętno programu”, lecz jedynie piętno nadane przez twórcę programu⁴⁴.

Podobnie M. Jankowska wskazuje, że powszechnie przyjmuje się stanowisko, zgodnie z którym nie można apriorycznie wykluczyć autorstwa programisty, gdyby twórcze działania dokonywane były przez stworzony przez niego algorytm i jednocześnie sam programista twórczego wkładu w powstanie dzieła by nie wносił, za którym to poglądem autorka sama się opowiada⁴⁵.

Oba stanowiska wypracowane przez doktrynę nie podważają natomiast ludzkiego charakteru autorstwa, w odmienny sposób oceniając jedynie kwestię jego występowania w kontekście „utworów komputerowych”. Ewentualne przyznanie kreatywnym

⁴¹ A. Nowicka, *op.cit.*, s. 89.

⁴² E. Ferenc-Szydełko, *op.cit.*, art. 8, nb. 2.

⁴³ Por. wyrok SN z dnia 19 lutego 2014 r., V CSK 180/13, LEX nr 1455199.

⁴⁴ Zob. J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo...*, s. 106; autorzy nazywają ten przypadek swoistym „pośrednim autorstwem”.

⁴⁵ M. Jankowska, *op.cit.*, art. 8, nb. 7 wraz z przywołaną tam literaturą.

robotom podmiotowości prawnej spotyka się ze zgodną krytyką, choćby z racji niemożności wykonywania i egzekwowania swoich praw przez maszyny.

W tym miejscu warto zasygnalizować bez wątpienia oryginalną inicjatywę brytyjskiego ustawodawcy. Legislator ten zdecydował się w Copyright, Designs and Patents Act⁴⁶ na rozwiązanie polegające na tym, że prawa autorskie do twórczości generowanej przez komputer przysługiwać będą osobie, która „spowodowała podjęte ustalenia niezbędne do stworzenia dzieła”⁴⁷. Nie powinno ulegać wątpliwości, że jest to fikcja prawna. Wynika ona bowiem z uznania tym samym autorstwa podmiotu, który nie jest twórcą stworzonego w ten sposób dzieła, gdyż za tego akt uznaje jedynie osobę, która stworzyła utwór [section 9(1)]. Brytyjska ustawa jest o tyle wyjątkowa, że jako pierwsza na świecie oficjalnie objęła ochroną prawnoautorską *computer-generated works*, a w ślad za nią poszła część pozostałych porządków prawnych w ramach systemu *common law*.

7. Prawa autorskie do kreatywnego robota

W kontekście twórczości generowanej przez komputer zaaprobowanie pierwszego z przedstawionych wyżej poglądów, które zostały wyrażone przez polską doktrynę, wiąże się z odmówieniem dziełom kreatywnych robotów ochrony prawnoautorskiej. Przyjmując natomiast drugą koncepcję, należałoby rozwiązać problemy związane z kwestią tego, komu przysługują prawa autorskie do samego kreatywnego robota – wątpliwości te są szczególnie widoczne w przypadku obrazu *The Next Rembrandt*, będącego przedmiotem analizy niniejszego artykułu. Malunek powstał za sprawą systemu SI, który jest z kolei dziełem wieloosobowej grupy ekspertów z różnych specjalizacji. Warto rozważyć, kto na gruncie polskich przepisów prawa autorskiego jest autorem owego systemu, a więc swego programu komputerowego (przy uznaniu, że spełnia on cechy utworu, podlegając tym samym ochronie prawnoautorskiej).

Rozpatrzeć w tym kontekście warto dwie sytuacje – współautorstwo osób pracujących nad programem (art. 9 pr.aut.) oraz powstanie utworu pracowniczego (art. 12 pr.aut., a w kontekście programów komputerowych – art. 74 ust. 3 pr.aut. jako *lex specialis* wobec art. 12).

Odnosnie do drugiej propozycji, analizując problem na gruncie polskiej ustawy (mając ponadto na uwadze pewne rozbieżności w sposobie uregulowania utworów pracownicznych w zagranicznych porządkach prawnych i polskim prawodawstwie), można sobie wyobrazić stworzenie kreatywnego robota przez członków zespołu właśnie w ramach stosunku pracy, tym samym autorskie prawa majątkowe do programu przysługiwałyby pracodawcy, czyli w omawianym przypadku – ING. W rezultacie ING byłoby również podmiotem praw autorskich (rzecz jasna jedynie autorskich praw majątkowych) do *The Next Rembrandt*. Na gruncie polskiej ustawy przepisy o utworach

⁴⁶ Copyright, Designs and Patents Act 1988, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents>, 25.11.2017.

⁴⁷ „In the case of a literary, dramatic, musical or artistic work which is computer-generated, the author shall be taken to be the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken” – Copyright, Designs and Patents Act 1988, section 9(3).

pracowniczych nie znalazłyby natomiast zastosowania, gdyby program został stworzony na zamówienie, na podstawie umowy o dzieło czy umowy zlecenia. Należy zauważyć, że również stworzenie kreatywnego robota, choćby na zamówienie, nie wydaje się nieprawdopodobne, co więcej, biorąc pod uwagę charakter całego projektu, który miał na celu oryginalną promocję ING, należy przypuszczać, że omawiany robot powstał raczej w warunkach jednej z wymienionych umów wykluczających w tym wypadku stosowanie przepisów o utworach pracowniczych.

Jakkolwiek pierwsza propozycja, dotycząca współautorstwa, wydaje się tu najbardziej instynktowna i zarazem najmniej kłopotliwa, nie należy wykluczać pewnych potencjalnych problemów związanych z uznaniem wpływu poszczególnych członków zespołu na ostateczny kształt dzieła, zwłaszcza jeśli zespół ten jest wieloosobowy. Im bowiem liczniejsze grono, tym większe ryzyko braku wniesienia twórczego wkładu przez każdą osobę w powstanie robota.

Wreszcie pojawia się problem ustalenia, czy wszystkich członków grupy należałoby uznać za autorów *The Next Rembrandt* – szczególnie tych, którzy mogli nie uczestniczyć w powstaniu samego robota, a jedynie zbierali dla niego informacje wyznaczające kierunek działania. Kwestia ta dotyczy ustalenia, czy wkład wszystkich osób (w tym na przykład historyków sztuki) wiąże się z powstaniem już samego robota, czy jedynie przygotowaniem pewnych wskazówek (niewątpliwie istotnych) w stworzeniu przez niego oczekiwanego dzieła. Można mieć wątpliwości, czy należałoby w takim wypadku za współautorów uznać wszystkie osoby pracujące przy powstaniu *The Next Rembrandt*.

8. Prawa autorskie do dzieł kreatywnych robotów

Aby w ogóle ustalić, komu (jeśli komukolwiek) na gruncie polskiego prawa autorskiego w obecnym jego kształcie należałoby przyznać prawa autorskie do *The Next Rembrandt*, punktem wyjścia powinna być odpowiedź, której jeszcze bezpośrednio tu nie udzielono, na następujące pytanie: czy obraz *The Next Rembrandt* powinien właściwie podlegać ochronie prawnoautorskiej?

W moim odczuciu należałoby na to pytanie z pewną ostrożnością udzielić odpowiedzi pozytywnej. Ze względu na zaprezentowane powyżej wątpliwości nasuwałby się wniosek, że w takich wytworach jak *The Next Rembrandt* nie ma osobistego piętna człowieka (jedynego podmiotu, któremu obecnie nauka prawa autorskiego przyznaje status twórcy), ponieważ wytwór bezpośrednio od niego nie pochodzi (a z kolei mówienie o „osobistym piętnie komputera” wydaje się pewnym nadużyciem). Podobnie zresztą trudno mówić o ocenie nowości dzieła z perspektywy kreatywnego robota, pozbawionego świadomości i intelektu. Wydaje się jednak, że zarówno o osobistym piętnie, jak i subiektywnym pojmowaniu nowości dzieła można mówić w kontekście nadmienionego „pośredniego autorstwa”⁴⁸ twórcy programu. Dzieło wygenerowane przez kreatywnego robota w gruncie rzeczy zawdzięcza swoje istnienie programiście, wszak program komputerowy jest zdolny generować dzieła za sprawą jego twórcy – bez tego ludzkiego pierwiastka owej umiejętności by nie posiadał (rzecz jasna, w ogóle by wtedy nie powstał). To właśnie

⁴⁸ Por. J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo...*, s. 106.

ten czynnik każe odróżniać przykładowo *The Next Rembrandt* od małych zdjęć – o ile w drugim przypadku powstały one bez jakiegokolwiek wpływu człowieka (który *de facto* dostarczył małpie jedynie sprzęt do wykonania fotografii), o tyle w przypadku *The Next Rembrandt* wpływ ten jest nader widoczny – bez aktywności zespołu pracującego nad projektem nie powstałby kreatywny robot, który następnie stworzyłby obraz.

Biorąc pod uwagę aktualny kształt prawa autorskiego, wraz z całym dorobkiem literatury i orzecznictwa, obecnie jestem zdania, że koncepcja „pośredniego autorstwa”, jako najmniej rewolucyjna, a przy tym uwzględniająca jednocześnie udział człowieka w powstaniu wygenerowanego komputerowo dzieła, zasługuje na aprobatę. Pojawia się oczywiście pytanie, czy kształt ten nie powinien ulec zmianom poprzez zakwestionowanie pewnych ustaleń prawa autorskiego i wypracowanych, zwłaszcza przez doktrynę, koncepcji, z teorią ludzkiego autorstwa na czele. Aktualnie raczej skłaniam się ku uznaniu, że wysuwanie postulatów *de lege ferenda* o przyznaniu kreatywnym robotom podmiotowości prawnej – przy nierozwiązywalnych problemach związanych choćby z wykonywaniem przez te roboty swoich praw, a także skali zmian wiążących się z wcieleniem tej propozycji w życie – nie jest wskazane.

9. *The Next Rembrandt* a sprawa van Meegerena

Przy okazji omawiania przypadku *The Next Rembrandt* nie sposób nie przywołać sprawy van Meegerena, która uwidacznia dodatkowe problemy mogące wystąpić przy ocenie tak specyficznych ze swej natury wytworów. Sprawa dotyczyła Hana van Meegerena, malarza-fałszerza, który do perfekcji podrabiał obrazy Vermeera van Delft, sygnując je jego nazwiskiem. A. Kopff na jej bazie podjął się oceny twórczości van Meegerena z perspektywy hipotetycznego powództwa cywilnego samego Vermeera, przy przyjęciu, że wspomniany fałszerz nie podpisywał nazwiskiem malarza wykonanych przez siebie prac, ani też w dorozumiany sposób nie przypisywał mu ich autorstwa. Zdaniem A. Kopffa, ponieważ prace van Meegerena nie mają charakteru indywidualnej twórczości, zawierając jedynie elementy zaczerpnięte z twórczości Vermeera (autor mówi tu nawet o podrabianiu cudzej osobowości), zasadne byłoby stwierdzenie w takiej sytuacji swoistej twórczości zależnej, jakkolwiek nie opartej na konkretnym dziele holenderskiego mistrza, ale na jego „autorskiej twórczości”⁴⁹.

Przypuszczalnie z podobną oceną tego autora spotkałaby się praca *The Next Rembrandt*, choć moim zdaniem wysuwane przez niego uwagi są dość kontrowersyjne. Nie tylko trudno się zgodzić z propozycją uznania powstania utworu zależnego, gdy utwór taki nie jest opracowaniem jakiegokolwiek możliwego do wskazania dzieła, ale przekonanie o braku indywidualnego charakteru takiego obiektu tylko ze względu na ewentualny deficyt własnej osobowości jego autora (z czym *nota bene* również można się spierać) jest co najmniej dyskusyjne. Zdaniem J. Barty i R. Markiewicza przesłanki „działalności twórczej o indywidualnym charakterze”

⁴⁹ Por. A. Kopff, *Dzieło sztuk plastycznych i jego twórca w świetle przepisów prawa autorskiego*, ZNUJ. Rozprawy i Studia 1961, t. 36, s. 66–67, 73. Autor używa w tym kontekście określenia „twórczości zależnej à la van Meegeren”.

nie należy rozumieć jako nacechowania dzieła osobowością autora (ponieważ właściwość ta jest nieweryfikowalna, a ponadto pozbawione jej są typowe utwory, takie jak przykładowo programy komputerowe), a jedynie jako wyjątkowość rezultatu wysiłku intelektualnego⁵⁰. Gdyby obrazy van Meegerena zostały namalowane przez Vermeera, bez wątpienia uznano by, że mają one ów wyjątkowy charakter, mimo podobnej techniki malarskiej zastosowanej przy ich powstaniu w porównaniu z poprzednimi pracami autora. Sam fakt, że nie są one rzekomo nacechowane osobowością van Meegerena (choć przecież nie decyduje ona o ich indywidualnym charakterze), nie powinien ich pozbawiać statusu utworu. Tym samym jestem zdania, że zarówno obrazy van Meegerena, jak i *The Next Rembrandt* powinny być objęte ochroną prawnautorską.

10. Problemy związane z przyjęciem koncepcji „pośredniego autorstwa”

Jak już zaznaczyłem, w kontekście utworów stworzonych przez systemy SI zasadniczo skłaniam się ku uznaniu teorii „pośredniego autorstwa” twórców tych systemów. Pomijając jednak zaprezentowane w pkt. 7 problemy dotyczące ustalenia autora programu komputerowego, powinno się wziąć pod uwagę również inne kłopotliwe kwestie związane z zaaprobowaniem tej koncepcji. Problematiczne może być już samo wykonywanie i egzekwowanie praw przez autorów programu. Ponadto dążenie do stworzenia maszyn o intelekcie i świadomości odpowiadających tym, jakie posiada człowiek, pociąga za sobą realne ryzyko występowania u takich robotów zachowań niepożądanych, wykraczających poza sferę prawa autorskiego, co wymusza na ustawodawcy uregulowanie tej kwestii.

Art. 431 k.c.⁵¹ obarcza odpowiedzialnością za wyrządzenie szkody przez zwierzę osobę, która to zwierzę chowa lub nim się posługuje. Pojawia się pytanie, jak należałoby uregulować przypadek wyrządzenia szkody przez kreatywnego robota, jeśli zaakceptujemy, że możliwość jej powstania staje się coraz bardziej prawdopodobna. Przyjęcie w tym wypadku stosowania niniejszego przepisu *per analogiam* tworzyłoby pewien dysonans w stosunku do koncepcji „pośredniego autorstwa”, nakazując zapewne uznać za osobę odpowiedzialną za szkodę użytkownika robota, pod którego nadzorem ten robot się znajdował. Stwierdzenie natomiast, że odpowiedzialność taką powinien ponosić twórca kreatywnego robota, który może nie mieć sposobności nadzorowania jego zachowań, budzi pewien sprzeciw. Być może zasadne byłoby – w przypadku czy to przeniesienia autorskich praw majątkowych do samego kreatywnego robota na użytkownika, czy też udzielenia mu licencji na korzystanie z takiego systemu – rozważenie przeniesienia na korzystającego z maszyny wszelkich praw majątkowych do utworów przez tę maszynę wygenerowanych, a przysługujących jej twórcy⁵².

Zasygnalizowane wyżej problemy prowadzą do istotnego spostrzeżenia – bez wątpienia w najbliższej przyszłości konieczne będzie rozważenie celów i funkcji, jakie przyświecają

⁵⁰ Por. J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo...*, s. 78.

⁵¹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2017, poz. 459).

⁵² Por. J. Barta, R. Markiewicz, *Główne problemy prawa komputerowego*, Warszawa 1993, s. 228.

prawa autorskiemu, i udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy zasadne jest roztaczanie ochrony gwarantowanej przez tę gałąź prawa na utwory stworzone przez roboty, a nawet, czy samym robotom należy przyznawać jakiekolwiek prawa do ich dzieł.

11. Konkluzje

Choć dotychczas widmo sztucznej inteligencji było domeną jedynie *science fiction*, które upodobało sobie postrzeganie jej w skrajnym przypadku nawet jako wróżby zagłady ludzkości, sama SI staje się coraz bardziej dostrzegalna w naszej rzeczywistości. Jakkolwiek w tym kontekście mówienie o jej „widmie” wydaje się mocno przesadzone, nie można lekceważyć jej wpływu choćby na prawodawstwo. Już teraz dostrzegalne jest oddziaływanie kreatywnych robotów na prawo autorskie. Na naszych oczach powstają niezwykle złożone twory, które w mniejszym lub większym stopniu odrywają się od ludzkiego rzemiosła, a *The Next Rembrandt* to zaledwie jeden z ich licznych przykładów. Wszelkie, jak dotąd teoretyczne, dyskusje na temat charakteru tak wygenerowanych obiektów nabierają coraz większego znaczenia.

Niestety nie można nie odnieść wrażenia, że prawo autorskie nie nadąża za rozwojem techniki. Wprawdzie doktryna stara się uzupełniać pewne jego niedomówienia, zachowując przy tym jego obecny kształt, sam ustawodawca sprawia natomiast wrażenie, jakby nie dostrzegał coraz bardziej przybierającego na sile problemu. Wskazane w niniejszym artykule propozycje traktowania twórczości systemów SI rodzą pewne trudności, których bez pomocy legislatora nie sposób będzie w pełni wyeliminować. W efekcie jego interwencja prędzej czy później okaże się niezbędna. Teoria „autorstwa pośredniego”, w celu rozwiania wiążących się z nią wątpliwości, powinna zostać uregulowana przez ustawodawcę, a niniejszy artykuł stanowi tym samym postulat pod jego adresem. Nie ulega natomiast wątpliwości, że żądanie to winno być skierowane również do zagranicznych legislatorów – szczególnie pomocne byłoby unormowanie owego zagadnienia w prawie unijnym. Istotne przy tym jest bieżące reagowanie na pojawiające się coraz to nowsze wyzwania, jakie stawia przed prawem autorskim rozwój nowych technologii, z SI na czele.

Na koniec warto się zastanowić, na ile adekwatna okaże się choćby rekomendowana w niniejszym artykule koncepcja „pośredniego autorstwa” twórcy kreatywnego robota, w przypadku gdy robot ten zostanie obdarzony świadomością w pełnym znaczeniu tego pojęcia. Czy można w ogóle taki scenariusz brać pod uwagę?⁵³ Czy nawet jeśli kreatywny robot wykazywać będzie wszelkie symptomy dysponowania inteligencją i zdolnością postrzegania otaczającego go otoczenia i samego siebie, należałoby bez jakichkolwiek zastrzeżeń uznać, że dysponuje on świadomością, a więc atrybutem człowieka? Czy wreszcie w związku z tym nieunikniona będzie rewizja szeregu innych ludzkich wyróżników, która mogłaby pociągać za sobą gruntowne zmiany w prawie autorskim i właściwym mu sposobie pojmowania twórcy? Czy właśnie o tym śnią androidy?

⁵³ Bez wątpienia zmuszałby on konsekwentnie do uznania pośredniego autorstwa twórcy kreatywnego robota i jednocześnie bezpośredniego autorstwa samej maszyny.

* * *

Do Androids Dream of Copyright? The Art of Creative Robots in the Light of Current Copyright Law Based on the *The Next Rembrandt* Case

Although artificial intelligence has hitherto been the domain of science fiction, in recent years it has attracted vivid interest from science and law as well. Technological development and the latest achievements in the area of cybernetics have led to creation of such innovative solutions as creative robots that can make works of art detaching from human craftsmanship and influence. The prime example of such may be *The Next Rembrandt* painting, a perfect imitation of Rembrandt's style and technique, made by a machine. Computer programs that generate works have been so far recognised by copyright law only as tools that people use in the creative process. However, in case of making the key decisions for the creation of a work not by a man, but by a robot, the question arises whether the composition thus created deserves copyright protection.

Unfortunately, one cannot resist the impression that current legal solutions in this field do not take such scenario into account, and legislator's intervention in this matter sooner or later will be inevitable. It is crucial to respond to new and emerging challenges that development of new technologies, including artificial intelligence, poses to copyright law.

Key words: artificial intelligence, creative robots, copyright law, work

Paweł Juściński¹

Prawo do publicznego udostępniania utworów w świetle wyroku TSUE w sprawie *Stichting Brein przeciwko Ziggo*

Streszczenie:

Jednym z podstawowych uprawnień przysługujących twórcom jest sformułowane w art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 prawo do publicznego udostępniania utworów. Z uwagi na brak jego stosownej definicji Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wielokrotnie już stawał przed koniecznością określenia przesłanek tego pojęcia. Orzeczeniem w sprawie *Stichting Brein przeciwko Ziggo*, C-610/15, rozwija on swoje wcześniejsze rozstrzygnięcia, tym razem w odniesieniu do działań operatorów witryn internetowych. W wyroku tym uznano, że platforma wymiany *online* The Pirate Bay narusza prawo autorskie do publicznego udostępniania utworów – stwierdzono równocześnie, że dla przyjęcia odpowiedzialności tego rodzaju dostawców usług internetowych nie jest wymagana ich faktyczna wiedza na temat bezprawnego charakteru zamieszczanych przez użytkowników treści. Przedmiotowe orzeczenie skłania do refleksji nad konstrukcjami bezpośredniego i pośredniego naruszenia prawa autorskiego, a także stosunku ustaleń Trybunału do ograniczeń i wyłączeń odpowiedzialności usługodawców zawartych w dyrektywie 2000/31. Artykuł ten ma na celu krytyczną analizę powyższych wątpliwości, przy jednoczesnym zgłoszeniu postulatów co do kierunku dyskutowanej obecnie w Unii Europejskiej reformy prawa autorskiego.

Słowa kluczowe: publiczne udostępnianie utworów, prawo autorskie, platforma wymiany *online*

¹ Student piątego roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego (2017 r.). Niniejszy artykuł powstał na przełomie listopada i grudnia 2017 r., tj. jeszcze przed przyjęciem przez Parlament Europejski dnia 26 marca 2019 r. tekstu projektu dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) w sprawie prawa autorskiego i praw pokrewnych na jednolitym rynku cyfrowym oraz zmiany dyrektyw 96/9/WE i 2001/29/WE. W przyjętym tekście dyrektywy zamieszczono poprawki, które zostały zgłoszone już po napisaniu artykułu.

1. Wprowadzenie

W wyroku z dnia 14 czerwca 2017 r. w sprawie *Stichting Brein przeciwko Ziggo*, C-610/15², Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej³ kolejny już raz reguluje – zastępując w tej roli unijnego prawodawcę – pojęcie publicznego udostępniania utworów z art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29⁴. Po raz pierwszy jednak dotyczy to działania operatorów platform internetowych, polegającego na indeksowaniu i kategoryzowaniu plików w sposób ułatwiający ich zlokalizowanie oraz pobranie na komputery użytkowników. TS w powołanym orzeczeniu określa w jakich okolicznościach należy uznać, że operatorzy ci naruszają prawo autorskie.

Wyrok ten jest co do swej istoty zbieżny z wcześniejszą opinią⁵ Rzecznika Generalnego Macieja Szpunara⁶ w tej samej sprawie, odbiega jednak od sugerowanej w niej interpretacji subiektywnej przesłanki (świadomości) czynności publicznego udostępniania utworów w odniesieniu do działań administratorów platform wymiany internetowej. O ile bowiem Rzecznik Generalny postulował, by odpowiedzialność tych podmiotów ograniczyć do sytuacji, w których mają rzeczywistą wiedzę na temat bezprawnego charakteru treści udostępnianych przez ich użytkowników – rezygnując z przyjętej we wcześniejszym orzecznictwie konstrukcji „wiedzy domniemywanej” – o tyle Trybunał poprzestał na uznaniu, że po stronie występującego w sprawie serwisu The Pirate Bay wiedza taka nie budziła wątpliwości. Nie jest więc do końca jasne, czy wskazane domniemanie należy stosować także wobec dostawców usług hostingowych – wątpliwości te potwierdzają rozbieżne oceny doktryny, przedstawione w dalszej części opracowania.

Z uwagi na sposób wyznaczenia granic odpowiedzialności operatorów platform internetowych – w szczególności witryn indeksujących w systemie *peer-to-peer*⁷ – rozstrzygnięcie w sprawie *Ziggo* z pewnością wpłynie na ich przyszłe działania, co skłania także do głębszej refleksji nad relacją pomiędzy konstrukcjami bezpośredniego i pośredniego naruszenia prawa autorskiego oraz kryteriami ich stosowania. Nie mniej istotne wydaje się na tym tle określenie stosunku orzeczenia TS do wyłączeń odpowiedzialności niektórych kategorii dostawców usług sieciowych w ramach dyrektywy 2000/31⁸. Warto też odnotować, że wyrok ten wydano w momencie kluczowym dla

² Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 14 czerwca 2017 r. w sprawie C-610/15, *Stichting Brein przeciwko Ziggo BV i XS4ALL Internet BV*, EU:C:2017:456; dalej jako: *Ziggo*.

³ Dalej jako: TS lub Trybunał.

⁴ Dyrektywa 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym (Dz.Urz. UE z 2001 r., L 167); dalej jako: dyrektywa InfoSoc lub InfoSoc.

⁵ Opinia Rzecznika Generalnego Macieja Szpunara przedstawiona w dniu 8 lutego 2017 r. w sprawie C-610/15, *Stichting Brein przeciwko Ziggo BV, XS4ALL Internet BV*, EU:C:2017:99; dalej jako: opinia Rzecznika Generalnego.

⁶ Dalej jako: Rzecznik Generalny.

⁷ Dalej jako: P2P.

⁸ Dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym) (Dz.Urz. UE z 2000 r., L 178); dalej jako: dyrektywa o handlu elektronicznym.

prowadzonych obecnie dyskusji na temat reformy prawa autorskiego w Unii Europejskiej, której wyrazem jest między innymi projekt dyrektywy w sprawie praw autorskich na jednolitym rynku cyfrowym⁹. Uchwalenie przedmiotowego aktu w jego zaproponowanym kształcie wydaje się nie do pogodzenia nie tylko z sentencją orzeczenia w sprawie *Ziggo*, ale w szerszej perspektywie także z dotychczasowym i – jak należy przypuszczać – również przyszłym orzecznictwem unijnym.

2. Prawo do publicznego udostępniania utworów przed *Ziggo*

Na poziomie międzynarodowym prawo do publicznego udostępniania utworów sformułowane zostało po raz pierwszy w konwencji berneńskiej¹⁰ – w dodanym do niej w 1928 r. art. 11*bis*¹¹, zrewidowanym następnie w 1948 r.¹² Zastosowanie omawianej regulacji potwierdzono następnie w traktacie WIPO o prawie autorskim (WCT) z 1996 r.¹³, który wprowadził ponadto pojęcie „prawa publicznego komunikowania”¹⁴.

Wskutek transpozycji WCT do ustawodawstwa unijnego poprzez uchwalenie dyrektywy InfoSoc¹⁵, prawo do publicznego udostępniania utworów uregulowane zostało także na poziomie europejskim. Co jednak znamienne, art. 3 ust. 1 InfoSoc nie zawiera definicji przedmiotowego pojęcia¹⁶. Z tego powodu TS wielokrotnie już stawał przed koniecznością określenia, co konkretnie należy rozumieć jako „publiczne udostępnienie”, poświęcając tej problematyce niemal dwadzieścia orzeczeń¹⁷.

⁹ Wniosek. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie praw autorskich na jednolitym rynku cyfrowym, COM(2016) 593 final, 2016/0280 (COD), EUR-Lex – 52016PC0593; dalej jako: projekt dyrektywy w sprawie praw autorskich lub projekt dyrektywy.

¹⁰ Konwencja berneńska o ochronie dzieł literackich i artystycznych z dnia 9 września 1886 r., przejrzana w Berlinie dnia 13 listopada 1908 r. i w Rzymie dnia 2 czerwca 1928 r. (ratyfikowana zgodnie z ustawą z dnia 5 marca 1934 r.) (Dz.U. z 1934, Nr 27, poz. 213); dalej jako: konwencja berneńska.

¹¹ Któremu w ust. 1 nadano w polskim przekładzie treść następującą: „Autorowie utworów literackich i artystycznych korzystają z wyłącznego prawa do zezwalania na publiczne rozpowszechnianie swych utworów za pomocą radja”.

¹² Zob. World Intellectual Property Organization, *Guide to copyright and related rights treaties administered by WIPO and glossary of copyright and related rights terms* (2003), BC-11*bis*.1, p. 74.

¹³ Traktat Światowej Organizacji Własności Intelektualnej o prawie autorskim, sporządzony w Genewie dnia 20 grudnia 1996 r. (WCT) (Dz.U. z 2005, Nr 3, poz. 12); dalej jako: WCT. Zgodnie z jego art. 1(4) umawiające się strony będą stosowały się do artykułów od 1 do 21 oraz załącznika do konwencji berneńskiej.

¹⁴ Stosownie do art. 8 WCT: „Nie naruszając postanowień artykułów 11(1)(ii), 11*bis*(1)(i) i (ii), 11*ter*(1)(ii), 14(1)(ii) i 14*bis*(1) Konwencji Berneńskiej, autorom utworów literackich i artystycznych przysługuje wyłączne prawo zezwalania na publiczne komunikowanie swoich utworów drogą przewodową lub bezprzewodową, w tym publiczne udostępnianie utworów w taki sposób, aby każdy mógł mieć do nich dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym”.

¹⁵ Zob. motyw 15 preambuły InfoSoc.

¹⁶ Stanowi on jedynie, że „Państwa Członkowskie powinny zapewnić autorom wyłączne prawo do zezwalania lub zabrania na jakiegokolwiek publiczne udostępnianie ich utworów, drogą przewodową lub bezprzewodową, włączając podawanie do publicznej wiadomości ich utworów w taki sposób, że osoby postronne mają do nich dostęp w wybranym przez siebie miejscu i czasie”.

¹⁷ Zob. E. Rosati, *The CJEU Pirate Bay judgment and its impact on the liability of online platforms* (21st July 2017), artykuł ukaze się [w:] *European Intellectual Property Review*, <https://ssrn.com/abstract=3006591>, 29.11.2017, p. 3; oraz przytoczone tam orzecznictwo.

Z dotychczasowych ustaleń Trybunału wynika, najogólniej rzecz ujmując, że w myśl przepisu art. 3 ust. 1 InfoSoc autorom przysługuje prawo o charakterze prewencyjnym, umożliwiające im podjęcie właściwych kroków w stosunku do potencjalnych użytkowników ich utworów, którzy mogą rozważać ich publiczne udostępnienie w celu zakazania im takich działań¹⁸. Jak wskazywano dotychczas¹⁹, z uwagi na okoliczność, że w art. 3 ust. 1 InfoSoc nie sprecyzowano pojęcia „publicznego udostępniania”, należy ustalić jego znaczenie i zakres w świetle celów przyświecających tej dyrektywie oraz kontekstu, w jakim usytuowano ów przepis. Cele te określone są przede wszystkim w motywach 9 i 10 preambuły InfoSoc, które przewidują, że zadaniem dyrektywy jest zapewnienie twórcom wysokiego poziomu ochrony, umożliwiającego im otrzymanie stosownego wynagrodzenia za korzystanie z ich utworów, w szczególności poprzez ich publiczne udostępnianie. Mając na uwadze powyższe, TS przyjął, że pojęcie „publicznego udostępniania” powinno być rozumiane szeroko, co w gruncie rzeczy odpowiada wyraźnej dyspozycji motywu 23 preambuły InfoSoc²⁰.

Podstawowe znaczenie dla problematyki publicznego udostępniania utworów w Internecie należałoby przypisać przede wszystkim wyrokowi TS w sprawie *Svensson*²¹. W orzeczeniu tym, poświęconym linkowaniu (czyli stosowaniu hiperłączy) do utworów dostępnych na innej stronie internetowej, Trybunał (bazując na swoim wcześniejszym orzecznictwie) sformułował dwie przesłanki, których kumulatywne wystąpienie daje podstawy do uznania określonego działania za publiczne udostępnienie: czynność udostępniania oraz obecność publiczności²². Jak wskazał TS, drugi z wymogów uzupełnić należy o dodatkowe warunki: po pierwsze, udostępnienie skierowane być powinno

¹⁸ Zob. wyrok TS z dnia 26 kwietnia 2017 r. w sprawie C-527/15, *Stichting Brein przeciwko Jackowi Frederikowi Wullemsowi, działającemu również pod nazwą „Filmspeler”*, EU:C:2017:300 (dalej jako: *Filmspeler*), pkt 25; wyrok TS z dnia 8 września 2016 r. w sprawie C-160/15, *GS Media BV przeciwko Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruidie Dekker*, EU:C:2016:644 (dalej jako: *GS Media*), pkt 28; wyrok TS z dnia 31 maja 2016 r. w sprawie C-117/15, *Reha Training Gesellschaft für Sport- und Unfallrehabilitation mbH przeciwko Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte eV (GEMA)*, EU:C:2016:379 (dalej jako: *Reha Training*), pkt 30; wyrok TS z dnia 15 marca 2012 r. w sprawie C-135/10, *Società Consortile Fonografici (SCF) przeciwko Marcowi Del Corsowi*, EU:C:2012:140, pkt 75.

¹⁹ Zob. *Filmspeler*, pkt 26; *GS Media*, pkt 29 i przytoczone tam orzecznictwo.

²⁰ Zob. *Filmspeler*, pkt 27; *GS Media*, pkt 30; *Reha Training*, pkt 36; wyrok TS z dnia 7 marca 2013 r. w sprawie C-607/11, *ITV Broadcasting Ltd i inni przeciwko TV Catch Up Ltd*, EU:C:2013:147 (dalej jako: *ITV Broadcasting*), pkt 20. Motyw 23 preambuły InfoSoc stanowi: „Niniejsza dyrektywa powinna bardziej zharmonizować obowiązujące prawo autora do publicznego udostępniania utworu. Prawo to należy rozumieć w szerszym znaczeniu, jako obejmujące każde udostępnianie utworu odbiorcom nieznanym się w miejscu, z którego przekazywanie pochodzi. Prawo to obejmuje każdą publiczną transmisję lub retransmisję utworów, drogą przewodową lub bezprzewodową, w tym nadawanie programów; prawo to nie powinno obejmować żadnych innych działań”.

²¹ Wyrok TS z dnia 13 lutego 2014 r. w sprawie C-466/12, *Nils Svensson i inni przeciwko Retriever Sverige AG*, EU:C:2014:76; dalej jako: *Svensson*.

²² Zob. *Svensson*, pkt 16. Warto dla jasności zaznaczyć, że przesłanki te w kontekście publicznego udostępniania utworów pojawiły się w unijnym orzecznictwie już wcześniej (zob. *ITV Broadcasting*, pkt 21-36). Zob. także późniejsze: *Filmspeler*, pkt 29; *Reha Training*, pkt 37; wyrok z dnia 19 listopada 2015 r. w sprawie C-325/14, *SBS Belgium NV przeciwko Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten*

do nieokreślonej, lecz znacznej liczby potencjalnych odbiorców²³, po drugie, utwór chroniony musi zostać udostępniony w oparciu o szczególną technologię, inną niż zastosowana w odniesieniu do pierwotnego udostępnienia, bądź – w przypadku niespełnienia powyższego kryterium – skierowany do „nowej publiczności”²⁴.

W wyroku *GS Media* zwrócono z kolei uwagę, że aby zakwalifikować dane działanie jako publiczne udostępnienie, podmiot podejmujący taką czynność powinien odegrać w tym udostępnieniu „nieodzowną rolę” (co oznacza, że w przeciwnym razie użytkownicy nie mogliby zasadniczo korzystać z utworu), a ponadto jego zachowanie musi mieć charakter zamierzony²⁵. Co więcej, ostatnią z przesłanek należy domniemywać (przy czym jest to domniemanie wzruszalne) w przypadku udostępniania w celu zarobkowym²⁶.

Już w tym miejscu wypada wskazać, że powyższy wymóg o charakterze podmiotowym jest w świetle tradycyjnie pojmowanego prawa autorskiego wysoce dyskusyjny. Naruszenie tego prawa kwalifikowano do tej pory jako czyn niedozwolony, łączony z odpowiedzialnością obiektywną (*strict liability tort*)²⁷. Podobnie zresztą na gruncie polskiej ustawy nie powinno budzić wątpliwości, że z uwagi na bezwzględny charakter praw autorskich do ich naruszenia dochodzi niezależnie od tego, czy zachowanie naruszcyciela można uznać za zawinione. Tymczasem TS po raz pierwszy wprowadził do elementów składowych prawa wyłącznego przesłanki subiektywne, które konstrukcyjnie odpowiadają zasadzie winy z prawa karnego lub cywilnoprawnej odpowiedzialności deliktowej²⁸ (aczkolwiek słusznie zwraca się uwagę, że omawiany wymóg zapobiega potencjalnie opresyjnemu stosowaniu prawa autorskiego w stosunku do znakomitej większości internautów – nieświadomych nielegalnego charakteru stron zawierających chronione utwory²⁹). Nie tylko z tego względu orzeczenie w sprawie *GS Media* należy

en Uitgevers (SABAM), EU:C:2015:764, pkt 15; zob. też wydany już po *Ziggo*: wyrok TS z dnia 29 listopada 2017 r. w sprawie C-265/16, *VCAST Limited przeciwko R.T.I. SpA*, EU:C:2017:913, pkt 41.

²³ Co w oczywisty sposób ma miejsce w przypadku statystycznej strony internetowej – zasadniczo bowiem witryna taka jest dostępna dla wszystkich użytkowników Internetu; zob. *Svensson*, pkt 22.

²⁴ Zob. *Svensson*, pkt 24; *ITV Broadcasting*, pkt 39. W tym miejscu należy odnotować, że również pojęcie „nowej publiczności” zostało wprowadzone do unijnej judykatury znacznie wcześniej – zob. wyrok TS z dnia 7 grudnia 2006 r. w sprawie C-306/05, *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) przeciwko Rafael Hoteles SA*, EU:C:2006:764 (dalej jako: *SGAE*), pkt 40–42.

²⁵ *GS Media*, pkt 35.

²⁶ *GS Media*, pkt 49. Stanowisko to potwierdzono również w wyroku *Filmspeler*, pkt 49.

²⁷ Zob. C. Angelopoulos, *CJEU Decision on Ziggo: The Pirate Bay Communicates Works to the Public*, Kluwer Copyright Blog (30th June 2017), <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2017/06/30/cjeu-decision-ziggo-pirate-bay-communicates-works-public/>, 29.11.2017; E. Rosati, *GS Media and its implications for the construction of the right of communication to the public within EU copyright architecture*, Common Market Law Review 54(4)/2017, p. 1232, <https://ssrn.com/abstract=2943040>, 29.11.2017.

²⁸ Zob. E. Laskowska, *Treść prawa autorskiego – kiedy publiczność staje się nowa? – wprowadzenie i wyrok TS z 8.09.2016 r. w sprawie C-160/15, GS Media BV przeciwko Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruidie Dekker*, Europejski Przegląd Sądowy 3/2017, s. 49; podobnie R. Markiewicz, *Zdezorientowany prawnik o publicznym udostępnianiu utworów*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej 4(134)/2016, s. 18–20.

²⁹ J.C. Ginsburg, *The Court of Justice of the European Union Creates an EU Law of Liability for Facilitation of Copyright Infringement: Observations on Brein v. Filmspeler [C-527/15] (2017) and Brein v. Ziggo*

poddać krytyce. Wątpliwa normatywnie jest także przesłanka zarobkowego charakteru udostępnienia, chociażby z uwagi na brak jakichkolwiek wskazówek co do tego, jak należy ją interpretować³⁰.

Sceptycznie odnieść się trzeba również do ustaleń TS w sprawie *Svensson*, w szczególności do wymogu „nowej publiczności” (warto nadmienić: wprowadzonego do unijnej judykatury na skutek pomyłki interpretacyjnej³¹), o którym R. Markiewicz pisze, że nie tylko nie wynika z przepisów dyrektywy InfoSoc, ale w dodatku „jest (...) generalnie obcy prawu autorskiemu – przy określeniu granic treści tego prawa chodzi wyłącznie o korzystanie (sposób korzystania – pola eksploatacji) z utworu przez określony podmiot”³².

Powyższy komentarz jest o tyle istotny dla dalszej analizy, że wbrew postulatом zgłoszonym w opinii Rzecznika Generalnego, który zwrócił uwagę na pewną odmienność sprawy *Ziggo* w porównaniu ze wspomnianymi wyrokami dotyczącymi linkowania³³, Trybunał w orzeczeniu w niej wydanym w zasadzie w pełni podtrzymał swoje dotychczasowe ustalenia.

3. Sprawa *Ziggo*³⁴

Powódką w sprawie C-610/15 była Stichting Brein – fundacja prawa holenderskiego, która zwalcza nielegalne korzystanie z przedmiotów prawa autorskiego i praw

[C-610/15] (2017) (22nd August 2017), artykuł ukaże się [w:] Auteurs et Médias (Belgium) 401(5-6)/2016, Columbia Law and Economics Working Paper No. 572 oraz Columbia Public Law & Legal Theory Paper 14-557, <https://ssrn.com/abstract=3024302>, 29.11.2017, p. 2.

³⁰ Podobnie E. Rosati, *GS Media...*, p. 1238. Por. także krytyczne wobec *GS Media* uwagi T. Targosza [w:] *A new chapter in the linking saga*, Kluwer Copyright Blog (9th September 2016), <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2016/09/09/a-new-chapter-in-the-linking-saga-its-becoming-a-horror/>, 29.11.2017.

³¹ Rozważania poświęcone tej kwestii w (cytowanym w *Svensson*) wyroku SGAE (zob. SGAE, pkt 40-42) poczynione zostały przez TS w oparciu o – wówczas już nieaktualny – przewodnik po przepisach konwencji berneńskiej (z 1978 r.). W dokumencie tym o „nowej publiczności” napisano jedynie (dość niefortunnie) w celu posłużenia się przykładem, który w żadnym razie nie miał służyć stworzeniu nowego kryterium prawnoautorskiego, został jednak błędnie zinterpretowany przez skład orzekający w SGAE. Na kwestię tę zwrócił uwagę M. Ficsor podczas konferencji zorganizowanej przez Fordham Intellectual Property Law Institute & Emily C. & John E. Hansen Intellectual Property Institute w dniach 8-9 kwietnia 2015 r. na Uniwersytecie w Cambridge. Zob. szerzej na ten temat prezentację konferencyjną M. Ficsora, *Svensson and the CJEU's «New Public» Theory: What the E.U. May Learn From the U.S. to Avoid Judicial Lapses*, <http://fordhamipconference.com/wp-content/uploads/2015/04/3A-A-Ficsor-Mihaly.pdf>, 29.11.2017, *passim*; J.P. Kolczyński, *Fordham IP conference 2015 – relacja z Cambridge* (19.04.2015), <http://www.prawoautorskie.pl/aktualnosci/id63,Fordham-IP-conference-2015-relacja-z-Cambridge.html>, 29.11.2017.

³² R. Markiewicz, *Zdezorientowany...*, s. 21. P.B. Hugenholtz i S.C. van Velze podkreślają nadto, że prawa autorskie, jako prawa o charakterze bezwzględny, powinny być wyznaczane za pomocą precyzyjnych i obiektywnych kryteriów. Autorzy ci trafnie wskazują, że test „nowej publiczności” cechuje brak pewności prawnej; zob. P.B. Hugenholtz, S.C. van Velze, *Communication to a New Public? Three Reasons Why EU Copyright Law Can Do Without a 'New Public'* (19th July 2016), <https://ssrn.com/abstract=2811777>, 29.11.2017, pkt 4.2.

³³ Opinia Rzecznika Generalnego, pkt 4.

³⁴ Stan faktyczny przedstawiono w oparciu o opinię Rzecznika Generalnego, pkt 11-15; a także *Ziggo*, pkt 8-17.

pokrewnych oraz działa na rzecz ochrony interesów podmiotów, którym prawa te przysługują. Pozwane spółki – Ziggo BV i XS4ALL Internet BV – to dwaj najwięksi na rynku holenderskim dostawcy dostępu do Internetu. Wymaga tu podkreślenia, że znaczna część ich abonentów korzysta z platformy wymiany *online* The Pirate Bay – witryny indeksującej pliki P2P. Z tego właśnie powodu Stichting Brein wystąpiła do sądu z żądaniem zablokowania przez pozwane spółki dostępu do tej strony, podnosząc, że za jej pomocą odbiorcy usług świadczonych przez obie spółki naruszają prawo autorskie, dokonując wymiany plików zawierających utwory chronione (przede wszystkim filmowe i muzyczne), do której dochodzi bez wiedzy i zgody podmiotów tych praw. Sprawa rozpatrywana była przez obie instancje krajowego sądownictwa, po czym trafiła na wokandę Hoge Raad der Nederlanden (Sądu Najwyższego Holandii), który postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do TS z dwoma pytaniami prejudycjalnymi:

1) Czy operator witryny internetowej dokonuje publicznego udostępniania w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 [InfoSoc], jeżeli witryna ta nie zawiera chronionych utworów, lecz istnieje system (...), indeksujący i kategoryzujący dla użytkowników metadane o utworach chronionych, które znajdują się na komputerach użytkowników, tak że użytkownicy mogą za jego pomocą wyszukać i umieścić online chronione utwory lub też je pobrać na wspomniane komputery?

2) W razie udzielenia odpowiedzi przeczącej na pytanie pierwsze:

Czy art. 8 ust. 3 dyrektywy 2001/29 [InfoSoc] i art. 11 dyrektywy 2004/48³⁵ stanowią podstawę dla wydania nakazu przeciwko pośrednikowi w rozumieniu tych przepisów, który ułatwia w sposób opisany w pytaniu pierwszym działania osób trzecich stanowiące naruszenie?³⁶

Pytania te zmierzały w gruncie rzeczy do rozstrzygnięcia, czy można uznać, że operatorzy witryn indeksujących sieci P2P dokonują naruszeń prawa autorskiego (co wiązałoby się z ich bezpośrednią odpowiedzialnością). W przypadku zanegowania takiej koncepcji budzącą wątpliwości kwestią była z kolei dopuszczalność nakazania tym operatorom, by zablokowali dostęp do swoich stron internetowych (co równocześnie wskazywałoby na ich odpowiedzialność pośrednią).

Kluczowe dla zrozumienia wątpliwości Sądu Najwyższego Holandii wydaje się przede wszystkim wyjaśnienie specyfiki działalności platform funkcjonujących w systemie P2P. Sieć internetową P2P („równy z równym”) wykorzystuje się do wymiany plików pomiędzy użytkownikami za pomocą łącza internetowego. W strukturze tej każdy komputer (czyli *host*) jest zarówno pobierającym treści klientem, jak i serwerem, który treści te następnie udostępnia innym użytkownikom. Sama sieć jest zatem pozbawiona centralnego serwera i, jak to ujął w swojej opinii Rzecznik Generalny, ma „zmienną geometrię», gdyż jedynie hosty-serwery połączone online tworzą sieć w danym momencie (w odróżnieniu od sieci »tradycyjnej«, w której serwery

³⁵ Dyrektywa 2004/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie egzekwowania praw własności intelektualnej (Dz.Urz. UE z 2004 r., L 157).

³⁶ Ziggo, pkt 17.

są zazwyczaj połączone na stałe, a klienci łączą się lub rozłączają czasowo)”³⁷. Z uwagi na swoją szczególną budowę sieć P2P utrudnia organom ścigania i podmiotom praw autorskich ewentualne zwalczanie naruszeń prawa, do jakich dochodzi w jej obrębie (większość plików jest w niej umieszczana bez zgody uprawnionych osób)³⁸. Istotą protokołu BitTorrent (najnowszej i cieszącej się obecnie największą popularnością technologii w systemie P2P, wykorzystywanej także przez The Pirate Bay) jest to, że wymieniane pliki są dzięki niemu dzielone na niewielkie części – i właśnie z tego powodu nie ma potrzeby umieszczania ich na centralnym serwerze w celu przechowywania, a serwery użytkowników nie są przez to tak bardzo obciążone w procesie wymiany³⁹.

3.1. Opinia Rzecznika Generalnego

Analizując sprawę *Ziggo*, Rzecznik Generalny w pierwszej kolejności wskazał na zasadniczą różnicę pomiędzy jej przedmiotem a problematyką orzeczeń dotyczących linkowania – jak zaznaczył, te ostatnie związane były z wtórnym udostępnianiem utworów już dostępnych w sieci, dokonywanym przez osobę będącą także twórcą treści internetowych, gdy tymczasem rozpatrywany stan faktyczny dotyczy pierwotnego udostępniania. Z tego też powodu zakwestionował możliwość bezpośredniego zastosowania ustaleń poczynionych w tych postępowaniach⁴⁰.

W dalszej części swojej opinii Rzecznik Generalny podkreślił konieczność ustalenia roli serwisów takich jak The Pirate Bay w wymianie plików w systemie P2P, wyraźnie akcentując, że sama istota omawianego proceduru ma w tym wypadku większe znaczenie od jego strony technicznej. Słusznie w tym kontekście wskazał, że rola ta jest kluczowa – zwłaszcza jeśli nie kończy się na dostarczaniu użytkownikom wyszukiwarki utworów, a wręcz opiera się na dodatkowej aktywności, która często zwalnia internautów z konieczności samodzielnego poszukiwania utworów. Warto jednak nadmienić, że sam Rzecznik Generalny – pomimo określenia udziału witryn indeksujących w funkcjonowaniu P2P jako praktycznie nieodzownego („w każdym razie dla przeciętnego użytkownika Internetu”⁴¹) – przyznał, że teoretycznie możliwe jest znalezienie pożądaných przez odbiorców plików bez odwiedzania takich portali⁴².

³⁷ Opinia Rzecznika Generalnego, pkt 20.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Zob. *Ziggo*, pkt 9–10; a także przystępny opis działania protokołu BitTorrent przedstawiony przez D. Smitha i M. Taylora [w:] *File sharing: modern developments*, Computer and Telecommunications Law Review 16(6)/2010, p. 177. Na marginesie warto nadmienić, że – wbrew powszechnemu przekonaniu – korzystanie z P2P nie zawsze musi się wiązać z udostępnianiem ściąganych plików. Istnieją bowiem programy, które umożliwiają (choć nie tak efektywnie) pobieranie plików bez jednoczesnego ich udostępniania; por. J. Chwalba, *Korzystanie z programów peer-to-peer a dozwolony użytek prywatny w prawie autorskim*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej 2(102)/2008, s. 22.

⁴⁰ Opinia Rzecznika Generalnego, pkt 4.

⁴¹ *Ibidem*, pkt 27.

⁴² Co jednak nie zmienia faktu, że w praktyce poszukiwanie tych plików kończy się zazwyczaj właśnie na witrynach w rodzaju The Pirate Bay; por. *ibidem*, pkt 25–27.

Zdaniem Rzecznika Generalnego w ramach sieci P2P dochodzi do publicznego udostępniania utworów⁴³. W aspekcie przesłanki „podania do publicznej wiadomości” wskazał on przy tym, że wymaga ustalenia, *kto* dokonuje tej czynności – konstatując, że z całą pewnością użytkownicy takich stron umyślnie udostępniają publicznie utwory innym użytkownikom⁴⁴.

Co do administratorów witryn Rzecznik Generalny stwierdził, że ich udział w funkcjonowaniu internetowej wymiany plików jest w istocie niezbędny, jednakże nie można im przypisać decydującej roli w publicznym udostępnianiu utworów w sytuacji, w której nie wiedzą, że utwory te zostały niezgodnie z prawem udostępnione publicznie. Podobnie należałoby oceniać przypadki, w których operatorzy ci, powiadomieni o powyższej bezprawności, podejmują odpowiednie działania zaradcze⁴⁵. Rzecznik Generalny uzależnił więc odpowiedzialność pośredników od ich *rzeczywistej* świadomości, sprzeciwiając się równocześnie powoływaniu się na narzucone w *GS Media* domniemanie dotyczące działalności zarobkowej, jako że jego zastosowanie „prowadziłoby (...) do nałożenia na operatorów witryn indeksujących (...), którzy zazwyczaj działają w celu zarobkowym, powszechnego obowiązku nadzorowania indeksowanych treści”⁴⁶. Jak zauważa E. Rosati⁴⁷, Rzecznik Generalny, jakkolwiek nie odniósł się do tego wprost, miał tu na myśli zbiór przepisów dyrektywy o handlu elektronicznym dotyczących wyłączeń lub ograniczeń odpowiedzialności dostawców (do których nawiązał w innym miejscu⁴⁸), a także dyspozycję jej art. 15, zakazującego państwom członkowskim nakładania na usługodawców ogólnego obowiązku nadzorowania przekazywanych bądź przechowywanych przez nich informacji oraz ogólnego obowiązku aktywnego poszukiwania faktów i okoliczności wskazujących na sprzeczną z prawem działalność.

3.2. Wyrok Trybunału

TS zasadniczo podzielił punkt widzenia Rzecznika Generalnego, z tym że między wydanym dnia 14 czerwca 2017 r. orzeczeniem a przedstawioną wcześniej opinią można odnotować trzy zasadnicze różnice. Po pierwsze, w żaden sposób nie nawiązano w nim do wyłączeń zawartych w dyrektywie o handlu elektronicznym. Po drugie, nie wprowadzono postulowanego rozróżnienia od uprzednich wyroków w sprawach linkowania. Po trzecie wreszcie, nie zredukowano opisanej powyżej przesłanki subiektywnej do rzeczywistej wiedzy⁴⁹.

Podobnie jak we wcześniejszych orzeczeniach, Trybunał wskazał na dwa wymogi, których łączne spełnienie stanowi o publicznym udostępnieniu utworu – „czynność udostępnienia” podjętą wobec „publiczności” (przy czym w konkretnym przypadku „należy uwzględnić szereg uzupełniających się czynników, niemających samodzielnego

⁴³ *Ibidem*, pkt 44-47.

⁴⁴ *Ibidem*, pkt 48-49.

⁴⁵ *Ibidem*, pkt 50-51.

⁴⁶ *Ibidem*, pkt 52.

⁴⁷ E. Rosati, *The CJEU...*, p. 7.

⁴⁸ Opinia Rzecznika Generalnego, pkt 67-69.

⁴⁹ Por. uwagi E. Rosati [w:] *The CJEU...*, p. 8.

charakteru i od siebie współzależnych”)⁵⁰. Tak jak Rzecznik Generalny, tak i TS doszedł do wniosku, że obie powyższe okoliczności występują w niniejszej sprawie⁵¹. Chociaż nie podważył faktu, że to użytkownicy – a nie administratorzy stron – zamieszczają utwory w sieci, to jednak ocenił udzielanie przez tych drugich dostępu do witryny służącej wymianie plików oraz zarządzanie nią jako działanie prowadzone z pełną świadomością skutków, a ponadto, w jego ocenie bez takiej ich aktywności do wymiany w ogóle by dojść nie mogło, bądź byłaby ona znacznie utrudniona⁵² (tym samym zaprzeczył, by można było uznać, że operatorzy The Pirate Bay dokonują zwykłego dostarczenia urządzeń przeznaczonych do umożliwienia lub dokonania przekazu⁵³). W konsekwencji, zdaniem TS, operatorzy ci udzielają użytkownikom dostępu do danych utworów, a zatem ich rola w udostępnianiu utworów jest niezbędna, co prowadzi do przyjęcia, że ich działanie stanowi czynność udostępniania w rozumieniu art. 3 ust. 1 InfoSoc⁵⁴.

Uwzględniwszy okoliczność, że znaczna część abonentów pozwanych spółek uczestniczyła w wymianie plików, a sami administratorzy The Pirate Bay wskazali na tej stronie kilkadziesiąt milionów jej użytkowników, TS doszedł do wniosku, że czynność udostępniania obejmuje w tym wypadku nieokreśloną liczbę potencjalnych odbiorców oraz zakłada znaczny krąg osób, wobec czego niezaprzeczalnie zachowany jest wymóg „publiczności”⁵⁵. Bez wątpienia jest to także publiczność „nowa”⁵⁶.

Co istotne, jak już wcześniej sygnalizowałem, TS nie podzielił postulatu Rzecznika Generalnego, by odpowiedzialność operatorów witryn uzależnić od (tylko i wyłącznie) rzeczywistej wiedzy o bezprawności udostępnianych treści. Zamiast tego stwierdził on, że „administratorzy platformy online TPB [The Pirate Bay] nie mogli nie wiedzieć, iż na tej platformie udziela się dostępu do utworów opublikowanych bez zezwolenia podmiotów praw autorskich, mając na względzie wyraźnie podkreśloną przez sąd odsyłający okoliczność, że bardzo duża część plików torrent zawartych na platformie wymiany online TPB odsyła do utworów opublikowanych bez zezwolenia podmiotów praw autorskich”⁵⁷. Sposób ujęcia przez TS i tak już (ze swojej natury) kontrowersyjnego kryterium subiektywnego może budzić szereg wątpliwości, które charakteryzuję poniżej.

⁵⁰ *Ziggo*, pkt 24-25.

⁵¹ Zob. *ibidem*, pkt 35, 40-44.

⁵² *Ibidem*, pkt 36.

⁵³ Stosownie do motywu 27 InfoSoc czynności takie nie stanowią „przekazania” w rozumieniu tej dyrektywy – lub raczej „udostępnienia”, jeśli zachować konsekwencję terminologiczną, tak jak ma to miejsce np. w angielskiej wersji aktu, operującej pojęciami *communication* i *communication to the public*. Odniesienie do motywu 27 jest zresztą bardzo wyraźne w *Filmspeler*, w którym TS zaprzeczył, by działanie umożliwiające nawiązanie bezpośredniego połączenia między podmiotami rozpowszechniającymi nielegalne egzemplarze utworów a osobami korzystającymi z utworów stanowiło zwykłe dostarczanie urządzeń, o którym mowa w tym motywie; zob. *Filmspeler*, pkt 41. Por. także uwagi E. Rosati [w:] *The CJEU...*, p. 5, 9.

⁵⁴ *Ibidem*, pkt 37, 39.

⁵⁵ *Ibidem*, pkt 42-43.

⁵⁶ *Ibidem*, pkt 45.

⁵⁷ *Ibidem*.

Zgodnie z prognozą Rzecznika Generalnego Trybunał porzucił na odpowiedzi na pierwsze z pytań prejudycjalnych⁵⁸, konkludując, że:

pojęcie „publicznego udostępniania” w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 [InfoSoc] należy interpretować w ten sposób, że w okolicznościach takich jak rozpatrywane w postępowaniu głównym obejmuje ono zarządzanie w Internecie i udzielanie dostępu do platformy wymiany, która poprzez indeksację metadanych dotyczących utworów chronionych i udostępnianie wyszukiwarki umożliwia użytkownikom tej platformy wyznaczenie tych utworów oraz ich wymianę w ramach sieci równorzędnej (*peer-to-peer*)⁵⁹.

Z całą pewnością wyrok TS zdeterminuje działania administratorów witryn indeksujących w systemie P2P, choć określenie, na czym konkretnie będą one od tej pory polegały, nie jest już tak oczywiste. Zasadna wydaje się konstatacja, że skutki *Ziggo* obejmą także operatorów *wszelkich* stron internetowych, których użytkownicy naruszają prawo autorskie⁶⁰. Co więcej, pominięcie w orzeczeniu Trybunału pewnych zasadniczych kwestii, lakoniczne ujęcie pozostałych oraz niezupełnie przekonujące wnioski mogą mieć poważne implikacje w przyszłości⁶¹.

4. Prawo do publicznego udostępniania utworów po *Ziggo*. Uwagi krytyczne

Omawiany wyrok budzi szereg zastrzeżeń. Co najmniej sporne wydaje się wszak przyjęcie, że platforma internetowa taka jak The Pirate Bay może udostępniać utwór, nawet jeśli nim w ogóle nie dysponuje. W systemie P2P do publicznego udostępnienia dochodzi przecież na komputerach jednostek, a nie na samej stronie, która jedynie pośredniczy w wymianie (dodajmy: teoretycznie wykonalnej bez jej udziału). Podobnie kłopotliwe może być niekiedy także przyjęcie, że sami użytkownicy publicznie udostępniają utwory, skoro przekazywane sobie przez nich fragmenty plików są jedynie ciągiem zerojedynkowym, który nie stanowi postaci wyrażenia nawet części warstwy dźwiękowej czy wizualnej dzieła, bowiem owych fragmentów plików nie można utożsamiać z fragmentami utworu – a z tym można się zapoznać zasadniczo dopiero po pobraniu całego pliku⁶².

Poza niedostatecznie uwzględnioną specyfiką wymiany plików w systemie P2P orzeczenie TS wywołuje szereg poważnych wątpliwości, które omówione zostaną poniżej.

⁵⁸ Z tego powodu w dalszej części niniejszego opracowania zrezygnowano z analizy pytania drugiego, jako że byłaby ona bezprzedmiotowa.

⁵⁹ *Ibidem*, pkt 48.

⁶⁰ Podobnie C. Angelopoulos, *CJEU...*; J.C. Ginsburg, *op.cit.*, p. 10. Biorąc pod uwagę konsekwentnie stosowaną przez Trybunał rozszerzającą wykładnię przesłanek odpowiedzialności za te naruszenia, wydaje się to więcej niż prawdopodobne.

⁶¹ Por. w tej kwestii pkt 4 i 5.

⁶² W przypadku samego (jeszcze niezakończanego) procesu ściągania pliku i udostępniania jego (pobranych już) części przyjęcie, że użytkownik udostępnia utwór, nie jest wcale takie oczywiste, zważywszy że utworu tego (jeszcze) nie posiada. Problematykę udostępniania utworów w ramach systemu P2P dokładniej opisuje J. Zygmunt, *Przesyłanie plików za pośrednictwem sieci peer-to-peer a rozpowszechnienie utworu w rozumieniu prawa autorskiego*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej 1(135)/2017, s. 45 i nast.

4.1. Element subiektywny odpowiedzialności za naruszenie prawa autorskiego

Podstawowe zastrzeżenia do przesłanki o charakterze podmiotowym, warunkujące uznanie danego zachowania za „publiczne udostępnianie utworu”, a w następstwie dającej podstawy do przyjęcia bezpośredniej odpowiedzialności działającego w ten sposób podmiotu, zaprezentowane zostały już na wcześniejszym etapie niniejszych rozważań. Krytyczne uwagi dotyczące pozbawionej normatywnego (a wręcz i systemowego) uzasadnienia konstrukcji odpowiedzialności bezpośredniej warunkowanej wiedzą domniemanego naruszcyciela (*ergo* bliższej ze swojej natury koncepcji odpowiedzialności pośredniej) z *GS Media* pozostają aktualne także wobec *Ziggo*.

Na tym jednak wątpliwości się nie kończą. Jest w szczególności kontrowersyjne, w jaki sposób należy interpretować oszczędne treściowo odniesienie się Trybunału do stanowczo zanegowanej przez Rzecznika Generalnego możliwości zastosowania w niniejszej sprawie domniemania wiedzy o bezprawnym charakterze treści w przypadku działalności w celu osiągnięcia zysku. TS z pewnością nie odpowiedział *wprost* na pytanie, jak kształtuje się odpowiedzialność pozwanego w przypadkach innych niż ten dotyczący witryny *The Pirate Bay*, tj. takich, w których nie miał on ani rzeczywistej, ani konstruktywnej wiedzy. Przynajmniej *a limine* wydawać się może, że odpowiedź ta nie pada w wyroku *w ogóle*⁶³, aczkolwiek E. Rosati podnosi, że Trybunał w gruncie rzeczy przejął rozwiązania wprowadzone przez *GS Media*, chociaż nie odniósł się do tego orzeczenia w sposób wyraźny. Autorka ta dochodzi do wniosku, że także i w przypadku *Ziggo* wiedzę administratora należy domniemywać w razie jego zarobkowej działalności, co sugeruje wrażenie połączenia „celu osiągnięcia zysku” z punktu 46 wyroku z konkluzją na temat odpowiedzialności w punkcie następnym⁶⁴.

Nie ulega wątpliwości, że użyte w wyroku sformułowanie „nie mogli nie wiedzieć” świadczy o pewnym zobiektywizowaniu analizowanej przesłanki. Wydaje się nadto, że TS faktycznie opowiedział się za możliwością zastosowania do pozywanych operatorów domniemania analogicznego do *GS Media*. Uważam zatem, że nie ma racji C. Angelopoulos, przyjmując w tej sytuacji zwolnienie od odpowiedzialności podmiotów, które „nie mogły wiedzieć” o naruszeniach prawa autorskiego⁶⁵.

⁶³ Tak C. Angelopoulos, *CJEU...*

⁶⁴ „(...) if this was the case, it would be difficult to understand the meaning of paragraphs 46 and 47 of the judgment, in which the CJEU referred to the profit-making intention of the defendants and seemingly linked that to a finding of *prima facie* liability”. Autorka swoje stanowisko uzasadnia zresztą szeregiem argumentów, wskazując między innymi na tego samego sędziego sprawozdawcę w tych sprawach, sposób sformułowania uzasadnień obu wyroków, czy podążanie przez Trybunał za rozstrzygnięciem *Filmspeler*, potwierdzającym zastosowanie presumpcji z *GS Media*; zob. E. Rosati, *The CJEU...*, p. 9-10.

⁶⁵ Choć rzeczywiście z logicznego punktu widzenia właśnie taką interpretację podsuwa (*a contrario*) na pierwszy rzut oka sformułowanie „nie mogli nie wiedzieć”. Wydaje się jednak, że nawiązanie do sformułowanego w *GS Media* domniemania jest tu zbyt wyraźne, by zgodzić się z autorką; por. C. Angelopoulos, *CJEU...* Z podobnych względów należałoby odrzucić również twierdzenie J.C. Ginsburg, że TS nie zastosował w *Ziggo* tego domniemania z uwagi na brak takiej potrzeby w świetle niebudzącej wątpliwości wiedzy operatorów *The Pirate Bay* (w istocie wiedza ta była oczywista, co jednak nie znaczy jeszcze o niezastosowaniu domniemania, a raczej – poprzez odwołanie się do ustaleń faktycznych – pozwala uzasadnić celowość jego aplikacji); zob. J.C. Ginsburg, *The Court...*, p. 6-7.

Należałoby w tym miejscu przyznać rację Rzecznikowi Generalnemu, że przeniesienie domniemania z *GS Media* na grunt stanów faktycznych podobnych do opisanego w *Ziggo* nie wydaje się słuszne. Podyktowany zarobkowym celem działalności powszechny obowiązek nadzorowania indeksowanych treści, który domniemanie to za sobą pociąga, jest bowiem nie do pogodzenia z art. 15 dyrektywy o handlu elektronicznym – wprost negującym dopuszczalność takiego rozwiązania.

4.2. Odpowiedzialność bezpośrednia i pośrednia

O ile kryteria bezpośredniego naruszenia prawa autorskiego poddane zostały w Unii Europejskiej harmonizacji na poziomie legislacyjnym, o tyle odpowiedzialność pośrednich naruszcycieli takiego ujednolicenia jak dotąd się nie doczekała. R. Markiewicz zauważa, że to właśnie ta luka w unijnym prawodawstwie leży u podstaw poszerzania przez Trybunał zakresu prawa do udostępniania utworów – dlatego też TS, „chcąc objąć dyrektywami także tego rodzaju działania, »wtłacza« je do bezpośredniego naruszenia prawa autorskiego, a zwłaszcza prawa do publicznego udostępnienia, pod pretekstem, że prawo to należy rozumieć szeroko, zgodnie z wyraźnym brzmieniem motywu 23 dyrektywy 2001/29/WE [InfoSoc]”⁶⁶. Chociaż z celowościowego punktu widzenia takie działania można uznać za zrozumiałe, to nie sposób nie oponować, gdy obserwuje się, jak Trybunał burzy w ten sposób podstawowe konstrukcje tradycyjnie pojmowanego prawa autorskiego. Relatywizacja bezpośredniego naruszenia prawa autorskiego do formułowanych przez TS elementów, z przesłanką świadomości tego naruszenia na czele, jest nieuzasadniona normatywnie, wobec czego należy ją oceniać negatywnie. Wydaje się, że dopóki odpowiedzialność pośrednich naruszcycieli nie zostanie w Unii Europejskiej zharmonizowana, podobnie „rewolucyjnych” rozwiązań będzie jednak coraz więcej.

J.C. Ginsburg twierdzi z kolei, że Trybunał „zapełnił obecnie tę lukę [pozostawioną państwom członkowskim w zakresie ustalenia, czy efektywna wiedza skutkować ma odpowiedzialnością podmiotów ułatwiających dostęp do bezprawnych treści], podejmując się zadania oceny [ich] odpowiedzialności (...), nie tylko dla «usług społeczeństwa informacyjnego» objętych dyrektywą, lecz także dla każdego internetowego pośrednika”⁶⁷. Jest jednak wyjątkowo dyskusyjne, czy owo „zapełnianie luki” powinno odbywać się na poziomie innego rodzaju odpowiedzialności (bezpośredniej) niż będąca zasadniczym przedmiotem dyrektywy o handlu elektronicznym (pośrednia).

Stosunek ustaleń TS do wyłączeń z powyższego aktu jest zresztą kolejnym zagadnieniem, przy którym orzeczenie w sprawie *Ziggo* każe postawić znak zapytania.

4.3. Dyrektywa o handlu elektronicznym

Zgodnie z postanowieniami dyrektywy InfoSoc (zawartymi w motywach 16 oraz 20 preambuły) nie narusza ona przepisów dyrektywy o handlu elektronicznym. W tym

⁶⁶ R. Markiewicz, *Zdezorientowany...*, s. 6.

⁶⁷ „The CJEU has now filled this gap by taking on the task of assessing the liability of facilitators, not only for «information society services» covered by the Directive, but also for any internet intermediary” – J.C. Ginsburg, *op.cit.*, p. 10.

kontekście przyjęcie, że administratorzy witryn internetowych mogą wspólnie z ich użytkownikami odpowiadać za naruszenie prawa autorskiego, ma niebagatelne znaczenie dla kwestii możliwości zastosowania wobec nich art. 14 dyrektywy o handlu elektronicznym⁶⁸. Jest to o tyle problematyczne, że – jak wspomniano wcześniej – TS w żaden sposób nie odniósł się w swoim orzeczeniu do ograniczeń odpowiedzialności zawartych w tym akcie.

Powyższe wyłączenia (tzw. „oazy bezpieczeństwa”⁶⁹) znajdują zastosowanie wyłącznie w razie pozostawania przez usługodawcę w swojej czysto pasywnej roli. Jak słusznie zwraca uwagę D.K. Gęsicka: „rola host providera⁷⁰ nie jest [jednak] neutralna w tym samym znaczeniu co rola dostawców usług *mere conduit* i *cachingu*”⁷¹, jakkolwiek niefortunna redakcja motywu 42 dyrektywy o handlu elektronicznym może sugerować, że opisany w nim wymóg neutralności znajduje zastosowanie do wszystkich trzech rodzajów usług stypizowanych w art. 12–14 dyrektywy o handlu elektronicznym⁷² (czyli kolejno: „zwykłego przekazu”, *cachingu* i *hostingu*). Zdaniem autorki wymóg neutralności nie obejmuje więc dostawców usług hostingowych⁷³, z kolei sama usługa nie polega jedynie na pośredniczeniu w komunikacji drogą elektroniczną⁷⁴.

Co jednak istotne, dyrektywa o handlu elektronicznym wskazuje przede wszystkim, w jakich okolicznościach dostawcy usług sieciowych *nie* odpowiadają za naruszenia prawa, przy czym mowa w niej o naruszeniach dokonywanych przez inne niż oni podmioty – regulacji poddano więc *pośrednią* odpowiedzialność usługodawców (zgodnie z dominującym w literaturze poglądem także sam hosting oceniany być powinien

⁶⁸ Którego ust. 1 brzmi: „Państwa Członkowskie zapewniają, żeby w przypadku świadczenia usługi społeczeństwa informacyjnego polegającej na przechowywaniu informacji przekazanych przez usługobiorcę usługodawca nie był odpowiedzialny za informacje przechowywane na żądanie usługobiorcy, pod warunkiem że:

- a) usługodawca nie ma wiarygodnych wiadomości o bezprawnym charakterze działalności lub informacji, a w odniesieniu do roszczeń odszkodowawczych – nie wie o stanie faktycznym lub okolicznościach, które w sposób oczywisty świadczą o tej bezprawności; lub
- b) usługodawca podejmuje niezwłocznie odpowiednie działania w celu usunięcia lub uniemożliwienia dostępu do informacji, gdy uzyska takie wiadomości lub zostanie o nich powiadomiony”.

⁶⁹ W języku angielskim *safe harbours*. W zaproponowany powyższej sposób pojęcie to tłumaczą J. Barta oraz R. Markiewicz, *Prawo autorskie*, Warszawa 2016, *passim*.

⁷⁰ Tj. dostawcy usług hostingowych, takiego jak The Pirate Bay – z uwagi na charakter i funkcję przedmiotowej przeglądarki to właśnie ta kategoria usługodawców (świadczących usługę *hostingu*) wysuwa się w niniejszym opracowaniu na plan pierwszy. „Pojęcie »hosting« oznacza udostępnianie pamięci podłączonych do sieci serwerów w celu przechowywania na nich materiałów pochodzących od dostawców treści”; J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo...*, s. 488.

⁷¹ D.K. Gęsicka, *Wyłączenie odpowiedzialności cywilnoprawnej dostawców usług sieciowych za treści użytkowników*, Warszawa 2014, s. 265. *Mere conduit* oznacza tzw. „zwykły przekaz”, czyli prostą transmisję danych, pozbawioną ingerencji usługodawcy; natomiast pojęcie *caching* używane jest do określenia krótkotrwałego i pośredniego przechowywania danych.

⁷² P. van Eecke, *Online service providers and liability: A plea for a balanced approach*, Common Market Law Review 48(5)/2011, p. 1482 [za:] D.K. Gęsicka, *op.cit.*, s. 266.

⁷³ Odmienne (z wyraźnym odwołaniem się w przypadku *hostingu* do motywu 42 preambuły dyrektywy o handlu elektronicznym): J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo...*, s. 496; E. Rosati, *The CJEU...*, p. 12.

⁷⁴ D.K. Gęsicka, *op.cit.*, s. 267.

w świetle regulacji dotyczących pośredniego naruszenia prawa autorskiego⁷⁵). Tymczasem w *Ziggo* TS nie tylko analizuje ich odpowiedzialność od strony *pozytywnej*, ale w dodatku stwierdza, że ma ona charakter *bezpośredni*. Wyznaczając jej standardy, Trybunał jednocześnie pomija w swoich rozważaniach wyjątki z dyrektywy o handlu elektronicznym. W konsekwencji pytanie o relację między odpowiedzialnością bezpośrednią dostawców a „oazami bezpieczeństwa” pozostawione zostaje bez odpowiedzi.

Zupełnie inaczej postrzega ten problem C. Angelopoulos, która uważa ścieżkę obraną przez TS za całkiem pomyslową, wskazując, że „harmonizacja orzecznicza”, razem z wyłączeniami z dyrektywy o handlu elektronicznym, może dać efekt w postaci harmonizacji w Unii Europejskiej pośredniego naruszenia prawa autorskiego. Opierałaby się ona na następującym założeniu: reżim wspomnianej dyrektywy określa, w jakich okolicznościach nie można pociągnąć pośredników do odpowiedzialności, natomiast dokonywana przez TS rozszerzająca wykładnia prawa do publicznego udostępniania utworów rozstrzyga, kiedy taka możliwość istnieje. Efektem tej konstrukcji jest, zdaniem autorki, satysfakcjonująca komplementarność dyrektywy o handlu elektronicznym oraz dyrektywy InfoSoc⁷⁶. Tyle że owa orzecznicza próba harmonizacji tak naprawdę wcale nie jest skierowana na odpowiedzialność pośrednią, lecz bezpośrednią. Wypada również zapytać: w jaki sposób pogodzić ze sobą na przykład wyraźnie wyeksponowany w art. 15 dyrektywy o handlu elektronicznym brak ogólnego obowiązku usługodawców w zakresie nadzorowania treści z domniemaniem wiedzy o ich bezprawnym charakterze?

4.4. Dyrektywa w sprawie praw autorskich⁷⁷

Powyższe pytanie zadać można także w kontekście wspomnianego już wcześniej projektu dyrektywy w sprawie praw autorskich. Motyw 38 jej preambuły stanowi, że w przypadku

⁷⁵ Zob. J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo...*, s. 491, wraz z przywołaną tam literaturą. Autorzy konkludują jednak, że hosting może przybierać zarówno postać naruszenia pośredniego (w formie pomocnictwa), jak i bezpośredniego (w formie sprawstwa) – *ibidem*, s. 491-494.

⁷⁶ Autorka ta mimo wszystko wskazuje jednak na problemy i wątpliwości związane z brakiem harmonizacji pośredniej odpowiedzialności za naruszenie prawa autorskiego; zob. C. Angelopoulos, *CJEU...*

⁷⁷ Aktualizacja (2019 r.): rozważania zaprezentowane w tej części analizy (2017 r.) odnoszą się do projektu dyrektywy w sprawie praw autorskich w jego *pierwotnym* kształcie, tj. przed wprowadzeniem do niego poprawek Komisji Prawnej (które do pewnego stopnia odpowiadają na zasygnalizowane przeze mnie kwestie). Krytykowane w tym miejscu regulacje na etapie prac legislacyjnych zostały znacząco zmodyfikowane. W szczególności:

1) motyw 38 zastąpiony został między innymi przez:

- motyw 64 (stanowiący: „Zasadnym jest, aby uściślić w niniejszej dyrektywie, że dostawcy usług udostępniania treści online dokonują czynności publicznego udostępniania lub podawania do publicznej wiadomości utworu, gdy udzielają publicznego dostępu do chronionych prawem autorskim utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną zamieszczanych przez użytkowników”) oraz
- motyw 65 („Gdy dostawcy usług udostępniania treści online ponoszą odpowiedzialność za czynności publicznego udostępniania lub podawania do publicznej wiadomości na warunkach określonych w niniejszej dyrektywie, art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31/WE nie powinien mieć zastosowania do odpowiedzialności wynikającej z przepisów niniejszej dyrektywy dotyczących korzystania z chronionych treści przez dostawców usług udostępniania treści online. Nie powinno to mieć wpływu na stosowanie art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31/WE w odniesieniu do takich dostawców usług do celów wykraczających poza zakres stosowania niniejszej dyrektywy”);

gdy usługodawcy przechowują i udostępniają społeczeństwu utwory chronione prawem autorskim (lub inne objęte ochroną przedmioty) – czym wykraczają poza zwykłe dostarczanie urządzeń oraz dokonują czynności publicznego udostępnienia utworu – są zobowiązani do zawierania umów licencyjnych z podmiotami praw autorskich, chyba że zastosowanie znajdzie wyłączenie ich odpowiedzialności z art. 14 dyrektywy o handlu elektronicznym. Bez względu na to, czy kwalifikują się do powyższego zwolnienia od odpowiedzialności, powinni oni przyjąć odpowiednie środki w celu zapewnienia ochrony tych utworów, takie jak wykorzystanie skutecznych technologii. O zastosowaniu art. 14 wspomnianej dyrektywy decydować ma z kolei weryfikacja, czy usługodawca taki „odgrywa aktywną rolę”. Opisany powyżej obowiązek jest również przedmiotem art. 13 projektowanego aktu – stosownie do dyspozycji tego przepisu obejmuje on także zapewnienie funkcjonowania umów zawieranych z podmiotami prawa bądź podjęcie odpowiednich środków (takich jak korzystanie z technologii rozpoznawania treści) zapobiegających dostępności w serwisach chronionych utworów.

Wypada podnieść, że ostatni przepis – wobec narzucanego przezeń *de facto* ogólnego obowiązku monitorowania treści udostępnianych *online* – pozostaje w oczywistej

2) art. 13 zastąpiony został przez art. 17:

- „1. Państwa członkowskie wprowadzają przepisy przewidujące, że dostawca usług udostępniania treści online dokonuje czynności publicznego udostępniania lub czynności podawania do publicznej wiadomości do celów niniejszej dyrektywy, w przypadku gdy udziela on publicznego dostępu do chronionych prawem autorskim utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną zamieszczanych przez jego użytkowników. (...)”
3. Jeżeli dostawca usług udostępniania treści online dokonuje czynności publicznego udostępniania lub czynności podawania do publicznej wiadomości na warunkach określonych w niniejszej dyrektywie, ograniczeń odpowiedzialności ustanowionych w art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31/WE nie stosuje się do sytuacji objętych niniejszym artykułem. Akapit pierwszy niniejszego artykułu nie ma wpływu na ewentualne stosowanie art. 14 ust. 1 dyrektywy 2000/31/WE w odniesieniu do tych dostawców usług do celów wykraczających poza zakres stosowania niniejszej dyrektywy.
4. Jeżeli nie udzielono zezwolenia, dostawcy usług udostępniania treści online ponoszą odpowiedzialność za nieobjęte zezwoleniem czynności publicznego udostępniania, w tym podawania do wiadomości publicznej, chronionych prawem autorskim utworów i innych przedmiotów objętych ochroną, chyba że wykazą, że:
 - a) dołożyli wszelkich starań, aby uzyskać zezwolenia, oraz
 - b) dołożyli wszelkich starań – zgodnie z wysokimi standardami staranności zawodowej w sektorze – aby zapewnić brak dostępu do poszczególnych utworów i innych przedmiotów objętych ochroną, w odniesieniu do których podmioty uprawnione przekazały dostawcom usług odpowiednie i niezbędne informacje; oraz w każdym przypadku,
 - c) działali niezwłocznie po otrzymaniu odpowiednio uzasadnionego zastrzeżenia od podmiotów uprawnionych w celu zablokowania dostępu do utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną, których dotyczy zastrzeżenie, lub usunięcia ich ze swoich stron internetowych, a także dołożyli wszelkich starań, aby zapobiec ich przyszłemu zamieszczeniu zgodnie z lit. b). (...)”
8. Stosowanie niniejszego artykułu nie wywołuje skutku w postaci ogólnego obowiązku w zakresie nadzoru”

[za:] Stanowisko Parlamentu Europejskiego przyjęte w pierwszym czytaniu w dniu 26 marca 2019 r. w celu przyjęcia dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/... w sprawie prawa autorskiego i praw pokrewnych na jednolitym rynku cyfrowym oraz zmiany dyrektyw 96/9/WE i 2001/29/WE (Tekst mający znaczenie dla EOG), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2019-0231&language=PL&ring=A8-2018-0245>, 08.04.2019.

sprzeczności z art. 15 dyrektywy o handlu elektronicznym⁷⁸. Tym samym, jak twierdzi G. Frosio, projekt ten w otwarty sposób koliduje z konsekwentnym (i jednoznacznym) orzecznictwem europejskim⁷⁹.

Tym, co prawdopodobnie przykuwa uwagę już na samym początku, jest przyjęcie przez Komisję Europejską możliwości zakwalifikowania dostawców usług internetowych jako podmiotów dokonujących publicznego udostępniania utworów. Założenie to stanowi punkt wspólny projektu dyrektywy w sprawie praw autorskich oraz orzeczenia Trybunału w sprawie *Ziggo*. Na tej podstawie można wnioskować, że wyrok będący przedmiotem niniejszej analizy wzmacnia poprzedzające go stanowisko Komisji Europejskiej wyrażone w tym akcie⁸⁰. Ustalenia poczynione na dwóch różnych płaszczyznach unijnego systemu prawnego nie są jednakże tożsame – a nawet więcej: są ze sobą sprzeczne⁸¹.

W projekcie dyrektywy próżno szukać odpowiedzi na pytanie, jakie okoliczności pozwalają stwierdzić, że dostawca usług hostingowych dokonuje publicznego udostępnienia utworu, bowiem brak jest w samym akcie definicji tej czynności. Ponadto, jak należy wnioskować, Komisja Europejska założyła, że możliwa jest sytuacja, w której operator witryny publicznie udostępnia utwór i jednocześnie podlega wyłączeniu odpowiedzialności za naruszenie prawa autorskiego – co miałyby znosić obowiązki zawarcia umowy licencyjnej. E. Rosati twierdzi, że w świetle *Ziggo* ograniczenie to może nie mieć żadnego uzasadnienia, ponieważ w sytuacji, w której administratorzy strony internetowej są bezpośrednio odpowiedzialni za bezprawne publiczne udostępnienie, wyłączenie z dyrektywy o handlu elektronicznym prawdopodobnie nie znajdzie zastosowania, przez co, jej zdaniem, w każdym wypadku dokonania tej czynności powstawałby obowiązek zawarcia umowy⁸². Chociaż trudno jednoznacznie ocenić, czy autorka ta ma rację, skoro sam Trybunał, o czym była już mowa, zupełnie pominął w swoich rozważaniach wspomnianą dyrektywę, to wypada się zgodzić, że w istocie nie wydaje się, by w jakikolwiek sposób dało się połączyć „oazy bezpieczeństwa” z bezpośrednim naruszeniem prawa autorskiego.

Stanowczo trzeba jednak podkreślić, że projekt dyrektywy ignoruje ustalenia wynikające z orzecznictwa TS. Przy szeregu zastrzeżeń, jakie budzą kolejne „wyciągane z unijnego

⁷⁸ Choć wskazać trzeba, że art. 14 ust. 3 dyrektywy o handlu elektronicznym zezwala na nakładanie na usługodawcę pewnych „obowiązków starannego działania”. Podobnie motyw 47 zawiera wyjaśnienie, że obowiązek nadzoru *może* obejmować pewne szczególne sytuacje. Redakcja proponowanego art. 13 nie pozostawia jednak wątpliwości, że to nie o takie przypadki w nim chodzi. Na niekompatybilność art. 13 projektu dyrektywy w sprawie praw autorskich oraz art. 15 dyrektywy o handlu elektronicznym zwraca uwagę C. Angelopoulos – zob. szerzej uwagi autorki [w:] *On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market* (January 2017), https://juliareda.eu/wp-content/uploads/2017/03/angelopoulos_platforms_copyright_study.pdf, 29.11.2017, p. 33–38, 42, 47; zob. także G. Frosio, *To Filter or Not to Filter? That Is the Question in EU Copyright Reform* (25th October 2017), artykuł ukaże się [w:] *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 36(2)(2017), <https://ssrn.com/abstract=3058680>, 29.11.2017, p. 17–18, 33.

⁷⁹ G. Frosio, *op.cit.*, p. 18.

⁸⁰ Tak E. Rosati, *The CJEU...*, p. 1; G. Frosio, *op.cit.*, p. 16.

⁸¹ Podobnie M. Sacquet, *CJEU's Pirate Bay Decision: Knowledge, Intent Are Key to 'Communication to the Public' Right* (26th October 2017), <http://www.project-disco.org/intellectual-property/102617-cjeu-pirate-bay-decision-knowledge-intent-key/#.WhSRS0ribIX>, 29.11.2017.

⁸² E. Rosati, *The CJEU...*, p. 15.

kapelusza” przesłanki odpowiedzialności za naruszenie prawa autorskiego, należy oddać Trybunałowi sprawiedliwość – na tle bezrefleksyjnego i apriorycznego założenia Komisji Europejskiej, że usługodawcy (*zaledwie*) przechowujący i udostępniający społeczeństwu utwory dokonują ich publicznego udostępnienia, europejska judykatura rzeczywiście wydawać się może całkiem racjonalna. W szczególności ustalenie wystąpienia takiej czynności obwarowuje ona dodatkowymi (jakkolwiek wadliwie umocowanymi) przesłankami⁸³. Chociażby z tego powodu *Ziggo* (a w zasadzie należałoby stwierdzić: orzecznictwo TS w ogóle) oraz projekt dyrektywy w sprawie praw autorskich są ze sobą nie do pogodzenia.

5. Konkluzje

Wyrokiem w sprawie *Ziggo* Trybunał – w ślad za swoimi wcześniejszymi orzeczeniami – podejmuje próbę rozwiązania części trudności, jakie przysparza prawu autorskiemu rozwój technologiczny. Konsekwentnie rozszerzając zasięg prawa twórcy do publicznego udostępniania swoich dzieł, uzupełnia tym samym katalog naruszających to prawo podmiotów o administratorów stron internetowych, którzy indeksują i kategoryzują pliki zawierające chronione utwory. Chociaż jest dyskusyjne, czy zdaniem TS wiedzę operatorów należy domniemywać, niezaprzeczalnie stanowi ona jeden z czynników warunkujących ich odpowiedzialność, co tylko potwierdza, że Trybunał – przynajmniej w najbliższej przyszłości – nie zamierza zbaczać z obranego przez siebie wcześniej kursu. Nie ulega wątpliwości, że kwestionuje wszak tym samym podstawowe założenia prawa autorskiego jako prawa o charakterze wyłączone.

Operatorzy witryn internetowych mają więc niewątpliwie powody do niepokoju – wyraźne rozróżnienie sytuacji, w których sami naruszają prawa twórców, od przypadków jedynie pośredniej odpowiedzialności będzie niebywale problematyczne⁸⁴. Jednoznacznego rozstrzygnięcia wymaga na tym tle stosunek poczynionych przez TS ustaleń do reżimu „oaz bezpieczeństwa”. Biorąc jednak pod uwagę ich odmienny przedmiot (dwie odrębne postacie naruszeń), trudno przyjąć, by normatywne ograniczenie odpowiedzialności za naruszenie pośrednie można było stosować również względem odpowiedzialności za naruszenie bezpośrednie.

O ile już do samego orzeczenia w sprawie *Ziggo* – tak jak i zresztą wcześniejszych wyroków poświęconych prawu do publicznego udostępniania utworów – należy się odnieść

⁸³ Toteż nie dziwi w gruncie rzeczy entuzjastyczna recepcja *Ziggo* przez reprezentującą interesy pośredników European Digital Media Association (EDiMA), która to organizacja podkreśla wręcz znaczenie świadomości dla przyjęcia ich odpowiedzialności, jako że przesłanka ta pozwala odróżnić od siebie uczciwych operatorów od platform takich jak The Pirate Bay; zob. European Digital Media Association (EDiMA), *CJEU reaffirms that knowledge and intention are essential components of an act of communication to the public* (26th June 2017), http://www.europeandigitalmediaassociation.org/pdfs/latest_news/The%20Pirate%20Bay.pdf, 29.11.2017.

⁸⁴ Na tym jednak (nie tylko ich) obawy te się nie skończą. Warto mieć bowiem na uwadze, jak wskazuje A. Savin, że im bardziej naraża się pośredników na odpowiedzialność, tym mniejsze ich zaangażowanie w rozwój Internetu – nawet najmniejsza zmiana modelu owej odpowiedzialności może zwiększać zachętę do prewencyjnego monitorowania i usuwania treści (w tym także pozbawionych bezprawnego charakteru); zob. A. Savin, *EU Internet Law. Second Edition*, Cheltenham, Northampton 2017, p. 144-145.

krytycznie, o tyle projekt dyrektywy w sprawie praw autorskich może okazać się dla pośredników (a w efekcie: także dla rozwoju Internetu) jeszcze bardziej szkodliwy. Wprawdzie interwencja unijnego prawodawcy – tak w odniesieniu do niezharmonizowanej dotąd odpowiedzialności pośredniej, jak i publicznego udostępniania dzieł *online* – jest nader pożądana, jednak powinna ona nastąpić z poszanowaniem ogólnych konstrukcji prawa autorskiego w jego tradycyjnym ujęciu. Jeśli postulat ten na tle obecnego orzecznictwa TS uznać z kolei za zbyt „idealistyczny”, to należałoby chociaż zrezygnować z przyjętego *a priori* założenia dokonywania przez usługodawców publicznego udostępniania utworów i jednocześnie uzupełnić projektowane obecnie regulacje o dodatkowe przesłanki tej czynności, co wiąże się z potrzebą sformułowania jej (tak przecież pożądanej) normatywnej definicji. Konsekwentne zaaprobowanie bezpośredniej odpowiedzialności dostawców usług internetowych wymagałoby natomiast wprowadzenia do europejskiego prawa odpowiedniego przepisu wyłączającego powołanie się w jej wypadku na „oazy bezpieczeństwa”. Niezwykle istotne jest w tym kontekście stanowcze i niebudzące wątpliwości legislacyjne rozgraniczenie przypadków naruszeń bezpośrednich od pośrednich.

Trzeba mieć wreszcie na uwadze, że – wbrew pozornym korzyściom płynącym dla twórców z poszerzania ram prawa do publicznego udostępniania utworów – jakakolwiek próba redefinicji, podważająca bezwzględną naturę uprawnień autorskich, w dalszej perspektywie skutkować może zakwestionowaniem sensu ich istnienia. Prowadzić bowiem będzie do zmniejszenia zakresu zagwarantowanej ochrony, a w konsekwencji – także jej znaczenia. Nie twierdzę przez to, że przygotowywana obecnie dyrektywa w sprawie praw autorskich nie jest potrzebna. Przeciwnie: postęp cyfrowych technologii każe ją wręcz uznać za konieczną – jednak nie w jej obecnym kształcie.

* * *

The Right of Communication to the Public in the Light of the CJEU *Stichting Brein v. Ziggo* Judgment

One of the basic rights of authors is the right of communication to the public, laid down in art. 3(1) of Directive 2001/29. In the absence of a relevant definition, the Court of Justice of the European Union has repeatedly challenged the necessity of defining the terms of this concept. In its decision in *Stichting Brein v. Ziggo*, C-610/15, it develops its earlier conclusions, this time with regard to actions of website operators. The judgment in question found that the online sharing platform The Pirate Bay violated the right of communication to the public – what was also stated was that it is not required for these types of Internet Service Providers to possess actual knowledge of unlawful character of the content uploaded by their users to determine their liability. The decision prompts consideration of the constructs of direct and indirect copyright infringement as well as the relation of the Court's findings to the limitations and exclusions of liability of service providers within Directive 2000/31. This paper aims at critically analysing the above-mentioned doubts as well as postulating certain solutions in the light of copyright reform, which is currently being discussed in the European Union.

Key words: communication to the public, copyright, online sharing platform

Maciej Kawałko¹

Możliwość stosowania europejskiego nakazu aresztowania w odniesieniu do sprawców przestępstw politycznych

Streszczenie:

Przedmiot niniejszego artykułu stanowi próba odpowiedzenia na pytanie o znaczenie, możliwości oraz zasadność stosowania instytucji europejskiego nakazu aresztowania w stosunku do osób podejrzanych o popełnienie przestępstwa politycznego. Autor podejmuje również próbę zdefiniowania owego pojęcia w kontekście decyzji ramowej o europejskim nakazie aresztowania oraz dokonuje analizy wskazanego instrumentu prawa unijnego w odniesieniu do instytucji ekstradycji. Przedmiotem artykułu jest także próba odpowiedzenia na pytanie o miejsce przestępstwa politycznego nie tylko wśród zasad europejskiego prawa karnego, ale także całego systemu prawa wspólnotowego. Poruszony został również temat zagadnienia przestępstwa politycznego i europejskiego nakazu aresztowania wydawanego w jego przedmiocie pod kątem regulacji prawa krajowego oraz podstawowych praw i wolności człowieka i obywatela.

Słowa kluczowe: przestępstwo polityczne, europejski nakaz aresztowania, prawo wspólnotowe, proces karny

1. Wstęp

Operowanie pojęciem „przestępstwa politycznego” w kontekście regulacji dotyczących instytucji europejskiego nakazu aresztowania (dalej jako: ENA) jawić się może jako problematyczne. Unormowania decyzji ramowej Rady Unii Europejskiej z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury

¹ Autor jest asystentem sędziego w Sądzie Rejonowym dla Krakowa-Krowodrzy w Krakowie oraz absolwentem kierunków prawo i administracja na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

wydawania osób między Państwami Członkowskimi² (dalej jako: decyzja ramowa) nie znają tego pojęcia, ani nie operują nim jako autonomiczną kategorią normatywną o charakterze *sui generis*.

W odniesieniu do wzajemnych relacji łączących Państwa Członkowskie, decyzję ramową uznać należy za akt następczy w stosunku do Europejskiej Konwencji o ekstradycji z dnia 13 grudnia 1957 r.³ oraz do dwustronnych umów międzynarodowych, zawieranych w przeszłości pomiędzy obecnymi Państwami Członkowskimi⁴. Wskazuje na to już pkt 1 preambuły decyzji ramowej stanowiący, iż „należy znieść formalną procedurę ekstradycyjną między Państwami Członkowskimi w odniesieniu do prawomocnie skazanych osób uciekających przed sprawiedliwością oraz należy przyspieszyć procedury ekstradycyjne w odniesieniu do osób podejrzanych o popełnienie przestępstwa”. Z kolei punkt 7 preambuły *expressis verbis* statuuje, że jednym z podstawowych celów unormowań decyzji jest zastąpienie przez nie systemu wielostronnej ekstradycji, łączącego państwa europejskie, a zbudowanego na fundamencie Europejskiej Konwencji o ekstradycji. Ponadto punkt 5 preambuły wskazuje na „cel Unii, jakim jest ustanowienie przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości”, który zarazem „prowadzi do zniesienia ekstradycji między Państwami Członkowskimi i zastąpienia jej systemem przekazywania osób między organami sądowymi”. W końcu, pkt 11 preambuły zaznacza, że „w stosunkach między Państwami Członkowskimi europejski nakaz aresztowania powinien zastąpić wszystkie wcześniejsze instrumenty dotyczące ekstradycji, łącznie z przepisami Tytułu III Konwencji wykonawczej do Układu z Schengen, dotyczącymi ekstradycji”.

Mając na uwadze powyższe, zasadnym jest przyjęcie konkluzji, aby ENA traktować w kategoriach swoistego jurydycznego „spadkobiercy” instytucji ekstradycji⁵. Dlatego też brak chociażby fragmentarycznego posłużenia się pojęciem „przestępstwa politycznego” w tekście decyzji ramowej budzić może zdziwienie. Instytucja ekstradycji jest bowiem z samej swojej istoty nierozzerwalnie związana z konstrukcją przestępstwa politycznego jako podstawy odmowy zainicjowania procedury ekstradycyjnej⁶. Dla przykładu, do 1939 r. Polska zawarła 13 dwustronnych umów międzynarodowych odnoszących się do kwestii ekstradycji⁷, w treści których możliwe jest wskazanie klauzul wyłączających wydanie osoby za popełnienie „przestępstwa politycznego”⁸.

² 2002/584/WSiSW (Dz.U.UE.L.190.1).

³ Dz.U. z 1994, Nr 70, poz. 307.

⁴ Por. konwencja o ekstradycji i pomocy sądowej w sprawach karnych między Rzeczpospolitą Polską a Królestwem Belgii, podpisana w Brukseli, dnia 13 maja 1931 r. (Dz.U. z 1932, Nr 70, poz. 307); konwencja o ekstradycji i pomocy sądowej w sprawach karnych zawarta między Rzeczpospolitą Polską a Wielkim Księstwem Luksemburskim w Luksemburgu dnia 22 stycznia 1934 r. (Dz.U. z 1936, Nr 16, poz. 145).

⁵ Należy jednak pamiętać, iż pomiędzy powyższymi instytucjami nie jest możliwe jednoznaczne postawienie znaku równości – por. rozdział 8.

⁶ B. Wierzbicki, *Pojęcie przestępstwa politycznego w prawie międzynarodowym*, Warszawa 1979, s. 34 i nast.

⁷ B. Wierzbicki, *op.cit.*, s. 39.

⁸ Por. art. 6 zd. 1 Konwencji o ekstradycji i pomocy sądowej w sprawach karnych między Rzeczpospolitą Polską a Królestwem Belgii.

Za skazane na niepowodzenie uznać należy również poszukiwanie pojęcia „przestępstwa politycznego” jako instytucji normatywnej *sui generis*, penalizującej określony typ zachowania człowieka w oparciu o system współczesnego prawa polskiego. Trudno bowiem na gruncie krajowego porządku prawnego znaleźć ustawowe wyśzczególnienie tego rodzaju przestępstw jako *expressis verbis* wyodrębnionej normatywnie kategorii deliktów⁹. Z uwagi na to, przestępstwo polityczne na gruncie obecnie obowiązującego prawa krajowego należy rozumieć przede wszystkim jako kategorię o charakterze doktrynalnym.

2. Przestępstwo polityczne – rys historyczny

Pojęcie „przestępstwa politycznego” stanowi przedmiot badań teoretyków nie tylko prawa karnego materialnego i procesowego, ale i prawa międzynarodowego publicznego¹⁰. Należy jednak zaznaczyć, że mimo tego, iż akty prawa międzynarodowego posługują się *expressis verbis* pojęciem „przestępstwa politycznego”, to nie podejmują one nawet próby zdefiniowania czym jest lub też czym charakteryzuje się ten rodzaj działania przestępnego, zdając się często w tych wypadkach na rozwiązania przyjęte przez ustawodawców krajowych¹¹. Sama konstrukcja jurydyczna „przestępstwa politycznego” stanowi mimo to część zarówno systemu prawa międzynarodowego, jak i indywidualnych porządków krajowych od co najmniej dwóch stuleci.

2.1. Wiek XIX

Za początek kształtowania się nowożytnego rozumienia pojęcia przestępstwa politycznego uznać należy dorobek ustawodawstwa francuskiego z lat 1830–1849 oraz belgijskiego z roku 1831¹². W literaturze przedmiotu za główny czynnik stojący za wprowadzeniem kategorii przestępstw politycznych do kodyfikacji prawnych epoki uznaje się przede wszystkim dominujący w Europie połowy XIX w. klimat „wiosny ludów” i znajdujące w tym okresie ujęcie idee doby romantyzmu oraz charakteryzujący drugą połowę wieku XIX rozwój doktryn socjalistycznych i anarchistycznych¹³. Warto jednak zauważyć, że z wyodrębnieniem działania przestępnego, którego istota nawiązuje do konstrukcji przestępstwa politycznego, można się spotkać już w starożytności¹⁴, a nawet w czasach pierwotnych¹⁵. A. Grześkowiak uważa jednak, że samo określenie „przestępstwo poli-

⁹ Nie zmienia to faktu, iż ustawodawca polski operuje pojęciami „przestępstwa popełnionego z przyczyn politycznych” czy też „przestępstwa popełnionego z motywacji politycznej” – por. rozdział 7.1.

¹⁰ P. Kardas, *Przestępstwo polityczne w prawie polskim. Próba analizy teoretycznej na tle obowiązującego stanu prawnego*, CZPKiNP 1998, z. 1–2, s. 168 i nast.; J.R. Kubiak, *Geneza i teorie przestępstwa politycznego*, Palestra 1984, nr 12, s. 8 i nast.

¹¹ Por. art. 3 ust. 1 europejskiej konwencji o ekstradycji; art. 2 ust. 1 europejskiej konwencji z dnia 27 stycznia 1977 r. o zwalczaniu terroryzmu (Dz.U. z 1996, Nr 117, poz. 557).

¹² J.R. Kubiak, *op.cit.*, s. 3.

¹³ *Ibidem*; P. Kardas, *op.cit.*, s. 136.

¹⁴ J.R. Kubiak, *op.cit.*, s. 1 i nast.; P. Kardas, *op.cit.*, s. 145 i nast.

¹⁵ P. Wiązek, *Przestępstwa polityczne w polskiej myśli karnoprawnej doby stanisławowskiej w świetle perspektyw Józefa Szymanowskiego i Józefa Weyssenhoffa*, Acta Universitatis Wratislaviensis 2015, nr 3674, s. 142.

tyczne” po raz pierwszy pojawiło się piśmiennictwie w 1729 r. za sprawą P. Klutta, który to posłużył się nim w swojej pracy *De deditione profugorum*¹⁶.

Zarówno we francuskim, jak i belgijskim XIX-wiecznym systemie prawnym doszło do jurydycznego wyodrębnienia przestępstw politycznych z przestępstw pospolitych oraz wprowadzono paralelny system kar w stosunku do opisywanych kategorii deliktów. Jednocześnie „przestępstwo polityczne” zaczęto traktować jako kategorię przestępstw uprzywilejowanych w stosunku do podstawowego typu przestępstwa „pospolitego”¹⁷. Charakteryzowało się to m.in. sukcesywnym znoszeniem kary śmierci w stosunku do przestępstw politycznych w drugiej połowie XIX w., nie tylko we Francji i Belgii, ale także w innych krajach europejskich (takich jak Niemcy, Szwajcaria czy Serbia)¹⁸.

2.2. Wiek XX

Pierwszy zasadniczy zwrot w nowoczesnym rozumieniu przestępstwa politycznego dokonał się w pierwszej połowie XX wieku – koniec Wielkiej Wojny zapoczątkował stopniowe odchodzenie od postrzegania przestępstw politycznych w kategoriach typu uprzywilejowanego¹⁹. Na rozwój tego trendu na przestrzeni następnych dziesięcioleci wpływ miał nie tylko definiujący dwudziestolecie międzywojenne rozwój idei totalitarnych²⁰, ale i zaistniała po drugiej wojnie światowej oraz wynikająca z zimnowojennego *status quo* konieczność poszukiwania przez poszczególne państwa skutecznej odpowiedzi na zagrożenia o charakterze wewnętrznym (rewolucje, kontrrewolucje, anarchizm, akty terrorystyczne) oraz zewnętrznym (wojny). Istotne znaczenie odegrała również potrzeba organizmów państwowych odnosząca się do stabilizacji ich systemu społeczno-politycznego, jak i ogólna tendencja do mniej przychylnego postrzegania tego rodzaju zachowań przestępnych przez opinię publiczną²¹. Jednocześnie w literaturze przedmiotu państw kręgu tzw. demokracji ludowej zauważalna była tendencja do określania pojęcia przestępstwa politycznego i instytucji ekstradycji (czy też azylu) jako elementów walki klas – najpierw klasy feudalnej z burżuazyją, potem zaś burżuazji z klasą robotniczą²².

¹⁶ S. Hoc, *Rozdział II. Przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej* [w:] *System Prawa Karnego. Przestępstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym*, red. L. Gardocki, t. 8, Warszawa 2018, s. 59 [za:] A. Grześkowiak, *Przestępstwa polityczne w systemach prawa karnego (zagadnienia wybrane)* [w:] *Iustitia civitas fundamentum. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Wiesława Chrzanowskiego*, Lublin 2003, s. 706.

¹⁷ J.R. Kubiak, *op.cit.*, s. 3; P. Kardas, *op.cit.*, s. 136.

¹⁸ J.R. Kubiak, *op.cit.*

¹⁹ *Ibidem*, s. 5.

²⁰ P. Kardas, *op.cit.*

²¹ J.R. Kubiak, *op.cit.*

²² B. Wierzbicki, *op.cit.*, s. 142 i nast. B. Wierzbicki za potwierdzenie klasowego charakteru klauzuli niewydawania przestępców politycznych uznawał jej brak w umowach o ekstradycji zawieranych pomiędzy państwami socjalistycznymi – por. B. Wierzbicki, *op.cit.*, s. 146.

2.3. Przełom wieków XX i XXI

Kolejna zmiana o charakterze aksjologicznym, odnosząca się do rozumienia istoty przestępstw politycznych w wymiarze prawno-społecznym, podyktowana była przemianami ustrojowymi dokonanymi w Europie środkowo-wschodniej na przełomie lat osiemdziesiątych i dziewięćdziesiątych XX wieku. Spowodowała ona postrzeganie przestępstwa politycznego jako zachowania przestępnego popełnianego przez funkcjonariuszy państw o charakterze totalitarnym²³. W końcu, wraz z upadkiem żelaznej kurtyny, mianem „przestępstwa politycznego” coraz częściej zaczęto określać, głównie w nauce anglosaskiej, zakres zachowań możliwych do zbiorczego opisania jako formy „obywatelskiego (cywilnego) nieposłuszeństwa”²⁴.

3. Geneza decyzji ramowej o europejskim nakazie aresztowania

Genezy decyzji ramowej, a co za tym idzie także i opisywanego instrumentu prawnego, szukać należy, oprócz postanowień Traktatu Amsterdamskiego z 1997 r., przede wszystkim w konkluzjach Rady Europejskiej w Tampere z dnia 15 i 16 października 1999 r. Jednakowoż głównym impulsem natury faktycznej, który doprowadził do intensyfikacji prac nad odpowiednim aktem prawnym regulującym instytucję określaną obecnie jako „ENA”, stały się wydarzenia z 11 września 2001 r. w Nowym Jorku i związane z nimi zwrot w globalnym rozumieniu pojęcia bezpieczeństwa, w tym wzmożenie państwowej chęci do zapobiegania czynom o znamionach terrorystycznych²⁵. Należy również zwrócić uwagę na ściśle osadzenie decyzji ramowej w realiach, w których była uchwalana – chodzi tu bowiem o okres natężenia rozwoju relacji i stosunków społecznych, politycznych oraz prawnych wewnątrz Unii Europejskiej, spowodowany głównie rosnącym poziomem przepływu osób w ramach Wspólnoty oraz brakiem kontroli na jej granicach wewnętrznych. Siłą rzeczy doprowadziło to do jednoczesnego ułatwienia przepływu oraz nasilenia się zjawiska przestępczości transgranicznej, nie tylko w formie aktów terrorystycznych, ale także działalności przestępczości zorganizowanej *in genere*²⁶.

4. Stosunek prawa międzynarodowego do niektórych kategorii zachowań przestępnych w kontekście pojęcia przestępstwa politycznego

Przed przystąpieniem do właściwych rozważań na temat podejmowanych w doktrynie prób zdefiniowania pojęcia „przestępstwa politycznego”, za wart sygnalizacji uznać należy fakt możliwości skonstruowania swoistej negatywnej (aczkolwiek niepełnej

²³ P. Kardas, *op.cit.*, s. 137.

²⁴ *Ibidem*, s. 176.

²⁵ A. Górski, A. Sakowicz, *Komentarz do decyzji ramowej Rady Unii Europejskiej w sprawie europejskiego nakazu aresztowania* [w:] *Trzeci filar. Dokumenty karne*, red. E. Zielińska, Warszawa 2005, s. 268; por. także pkt 1 preambuły decyzji ramowej o europejskim nakazie aresztowania.

²⁶ *Współpraca sądowa w Unii Europejskiej. Akty prawne, uzasadnienia, komentarze*, red. S.M. Królak, I. Działuk, C. Michalczuk, Warszawa 2006, s. 432.

i niemającej charakteru wyczerpującego) *quasi*-definicji, pod postacią otwartego katalogu zachowań przestępnych niemożliwych do uznania za przestępstwa polityczne. Katalog ten, z historyczno-systemowego punktu widzenia znajdujący oparcie w uregulowaniach prawa międzynarodowego, głównie konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa z 1948 r., europejskiej konwencji o ekstradycji z 1957 r. oraz konwencji o zwalczaniu terroryzmu z 1977 r., stanowią zachowania przestępne o znacząco niebezpiecznym charakterze, zasługujące na szczególne potępienie z uwagi na swój charakter, stojący w sprzeczności z podstawowymi prawami i wolnościami człowieka. Katalog ten stanowią m.in. takie czyny jak: ludobójstwo, bezprawne zawładnięcie statkiem wodnym lub powietrznym, poważny zamach na życie, integralność fizyczną lub wolność osoby korzystającej z ochrony międzynarodowej, a także zamach na głowę państwa lub członka jej rodziny²⁷. Praktyka ta ma jednak ściśle charakter funkcjonalny. Wyłączenie niektórych kategorii zachowań przestępnych z zakresu desygnatu definicji pojęcia „przestępstwa politycznego” na mocy opisywanych konwencji nie musi automatycznie pociągać analogicznej konkluzji na gruncie prawa krajowego, zwłaszcza z uwagi na argumenty natury historycznej i systemowej. Tytułem przykładu, art. 3 ust. 3 europejskiej konwencji o ekstradycji wskazuje, iż na gruncie jej unormowań, zamach na życie głowy państwa lub członka jego rodziny „nie będzie uznawane” za przestępstwo polityczne tylko w kontekście uregulowań i dla celów wskazanych w konwencji²⁸. Podobne rozwiązanie przyjęto na gruncie europejskiej konwencji o zwalczaniu terroryzmu, gdzie niektórych zachowań przestępnych „nie uważa się” za przestępstwa polityczne „dla celów ekstradycji”, zaś inne czyny przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności osoby polegające na akcie przemocy innym niż terroryzm państwa lub państwo umawiające się „może nie uznawać za przestępstwo polityczne, albo za pozostające w związku z przestępstwem politycznym, albo za przestępstwo popełnione z pobudek politycznych”. W końcu art. VII konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa *expressis verbis* stanowi, iż ludobójstwo i inne czyny wymienione w uregulowaniach konwencji nie będą uznawane za przestępstwa polityczne, „o ile chodzi o dopuszczalność ekstradycji”. Uregulowania wskazanych przepisów uznać należy za konstruujące łącznie system wyłączeń od ogólnej zasady niewydawania przez państwa sprawców przestępstw politycznych w trybie ekstradycji, statuowanej przez art. 3 ust. 1 konwencji o ekstradycji.

Konkludując, niezakwalifikowanie określonego zachowania przestępnego do kategorii rodzajowej „przestępstwa politycznego” na gruncie uregulowań systemu prawa międzynarodowego nie musi jednocześnie wpływać na niezakwalifikowanie rzeczowego zachowania jako przestępstwa politycznego na gruncie krajowym.

²⁷ Por. art. VII konwencji z dnia 9 grudnia 1948 r. w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa (Dz.U. z 1952, Nr 2, poz. 9.), art. 3 ust. 3 europejskiej konwencji o ekstradycji, art. 1 europejskiej konwencji o zwalczaniu terroryzmu.

²⁸ W przeciwieństwie do rozwiązań systemu prawa polskiego, gdzie zachowanie przestępne polegające na zamachu na życie Prezydenta RP kryminalizowane jest w rozdziale XVII k.k. jako typ czynu z art. 134 k.k. – por. rozdział 6.1.

Warto też zauważyć, że wspomniane wcześniej zachowania przestępne, będące jednym z głównych impulsów do powstania instrumentu prawnego funkcjonującego obecnie pod postacią ENA, tj. szeroko rozumiany terroryzm, nie są w myśl regulacji międzynarodowych²⁹ traktowane jako przestępstwa polityczne, zaś art. 2 ust. 2 decyzji ramowej jako pierwsze rodzaje czynów zabronionych wyłączonych spod obowiązku przeprowadzania testu podwójnej karalności wymienia właśnie „terroryzm” oraz „udział w organizacjach przestępczych”³⁰.

5. W poszukiwaniu definicji przestępstwa politycznego

Próby zdefiniowania pojęcia przestępstwa politycznego podejmowane były zarówno na gruncie prawa karnego, jak i prawa międzynarodowego publicznego³¹. W oparciu o literaturę przedmiotu wyróżnić można trzy podstawowe grupy koncepcji podejmujących zadanie zdefiniowania opisywanego pojęcia. Są to teorie: przedmiotowe, podmiotowe oraz mieszane³².

5.1. Teorie przedmiotowe

Teorie przedmiotowe uznać należy za chronologicznie najstarsze. Zgodnie z nimi, kryterium definiującym czyn zabroniony jako przestępstwo polityczne jest charakter naruszanego przez sprawcę dobra prawnego, ergo przedmiot ten musi mieć charakter polityczny. Takie kwestie jak cel, pobudki czy motywacja sprawcy nie mają przy zastosowaniu tej koncepcji żadnego znaczenia³³. W zakresie teorii przedmiotowych wyróżnić można dwie podstawowe kategorie: pierwsza – węższa – upatruje przymiotu „polityczności” w przestępstwach przeciwko państwu. W. Makowski wskazywał, iż podstawowym przestępstwem wywołującym pierwszą reakcję państwową jest właśnie przestępstwo godzące w organizację państwa³⁴. Drugie rozumienie teorii, mające charakter rozszerzający, za przestępstwa polityczne przyjmuje również zachowania przestępne wymierzone w inne dobra prawne, takie jak porządek publiczny (udział w nielegalnych zgromadzeniach, nawoływanie do nieposłuszeństwa wobec organów państwowych). W wymiarze najszerszym, zwolennicy skrajnie rozumianej teorii przedmiotowej za przestępstwa polityczne uważają również przestępstwa odnoszące się do prawa do strajku, swobody religijnej i zachowania przestępne na tle rasowym, a także związane z działalnością prasy, radia i telewizji³⁵.

²⁹ Por. art. 1 europejskiej konwencji o zwalczaniu terroryzmu.

³⁰ Por. art. 2 ust. 2 tiret 1 i 2 decyzji ramowej o europejskim nakazie aresztowania; por. również rozdział 7.

³¹ J.R. Kubiak, *op.cit.*, s. 8; P. Kardas, *op.cit.*, s. 168.

³² P. Kardas wskazuje także na możliwość wyróżnienia dodatkowych dwóch koncepcji: opartej o orzecznictwo sądów szwajcarskich teorii preponderancji oraz znajdującej podstawę w nauce anglosaskiej teorii „cywilnego nieposłuszeństwa (*civil disobedience*)” – por. P. Kardas, *op.cit.*, s. 176 i nast.; z uwagi jednak na subiektywny pierwiastek obecny w obu tych teoriach, zasadnym jest uznanie ich, przynajmniej w kontekście treści niniejszego artykułu, za odmiany koncepcji podmiotowych.

³³ J.R. Kubiak, *op.cit.*, s. 9–10; P. Kardas, *op.cit.*, s. 169.

³⁴ W. Makowski, *Podstawy filozofii i prawa karnego*, Warszawa 1917, s. 418; por. także S. Hoc, *op.cit.*, s. 59.

³⁵ J.R. Kubiak, *op.cit.*

5.2. Teorie podmiotowe

Według teorii podmiotowych, o tym czy przestępstwo ma charakter polityczny decydują pobudki, w myśl których działa sprawca oraz cel polityczny czynu przestępnego³⁶. Za czynnik konstytuujący przestępstwo polityczne uznaje się więc stronę podmiotową czynu zabronionego, a w szczególności cel, motyw oraz pobudki sprawcy³⁷. Zgodnie z powyższym, na gruncie tych koncepcji za przestępstwo polityczne nie mogłyby być uznane działania przestępne, które choć mogą godzić w dobro uznane za polityczne, to nie są popełniane z uwagi na cele lub pobudki polityczne. Z drugiej zaś strony, w oparciu o teorię podmiotową możliwe jest zakwalifikowanie jako politycznych przestępstw o charakterze „pospolitym” (takich jak zabójstwo, kradzież czy pozbawienie wolności), które co prawda nie godziłyby w „polityczne” dobro prawne, to jednak mogłyby być popełnione przez sprawcę z pobudek politycznych lub w celach politycznych.

5.3. Teorie mieszane

Teorie mieszane łączą w sobie elementy dwóch powyższych koncepcji³⁸. Charakter polityczny mają więc te przestępstwa, które nie tylko są skierowane przeciwko określonemu dobru prawnemu uznanemu za polityczne, ale również popełniane są w celach lub z pobudek politycznych³⁹. Na gruncie tych koncepcji dochodzi więc do wyraźnego zawężenia katalogu zachowań przestępnych możliwych do uznania za przestępstwo polityczne, w wyniku konieczności kumulatywnego spełnienia dwóch odrębnych przesłanek.

6. Znaczenie teorii przedmiotowych w kontekście decyzji ramowej o europejskim nakazie aresztowania

Mając na uwadze kontekst rozważań na temat wydania ENA w stosunku do sprawców przestępstw politycznych, za zasadne należy uznać przyjęcie koncepcji przedmiotowej. Przemawia za tym szereg argumentów.

6.1. Polityczny charakter naruszanego dobra

Teoria przedmiotowa za element konstytuujący uznanie przestępstwa za przestępstwo polityczne uznaje charakter dobra naruszanego przez działanie przestępne – dobro to musi mieć wymiar polityczny. Uznanie to może mieć formę ustawową albo wynikać z poglądów doktryny lub orzecznictwa sądów. Na gruncie systemu prawa

³⁶ J.R. Kubiak, *op.cit.*; P. Kardas, *op.cit.*, s. 171.

³⁷ P. Kardas, *op.cit.*

³⁸ J.R. Kubiak, *op.cit.*; P. Kardas, *op.cit.*, s. 174.

³⁹ P. Kardas, *op.cit.*, s. 173; J.R. Kubiak za S. Rozenbandem dodatkowo wskazuje, iż na gruncie tej koncepcji możliwy jest pogląd uznający przestępstwa za polityczne również w przypadku, gdy zachowanie sprawcy skierowane jest przeciwko dobru prawnemu o charakterze politycznym, ale popełniane jest nie tylko w oparciu o pobudki *stricto* polityczne, ale i na podstawie tzw. pobudek słusznych (przekonania religijne, społeczne, ekonomiczne, narodowościowe) – por. J.R. Kubiak, *op.cit.*, s. 10.

polskiego, pomimo braku normatywnego wyszczególnienia *expressis verbis* kategorii „przestępstw politycznych”, za dobro to zasadnym jest uznanie Rzeczypospolitej Polskiej jako dobra prawnego w rozumieniu rozdziału XVII k.k.⁴⁰ Na dobro to składa się katalog kolejnych, szczególnych dóbr, takich jak ochrona niepodległości, integralności wewnętrznej, politycznej i terytorialnej RP (art. 127 k.k.), ochrona interesów państwa polskiego w stosunkach zewnętrznych (art. 129 k.k.) czy też dobre imię narodu lub państwa polskiego (art. 133 k.k.).

Zgodnie z myślą Maxa Webera, polityka jest nierozzerwalnie związana z państwem. Wszelkie działanie polityczne zmierza bowiem albo do utrzymania, albo do zmiany wewnętrznego bądź zewnętrznego podziału władzy. Polityka, według Webera, to dążenie do udziału we władzy lub do wywierania wpływu na podział władzy między państwami albo, co ważniejsze z perspektywy omawianego zagadnienia, w obrębie jednego państwa między grupami ludzi, które to państwo obejmuje⁴¹. Określeniem „polityka” Weber opisuje więc działania w ramach (niekoniecznie zbrojnej) rywalizacji o władzę pomiędzy państwami lub pomiędzy poszczególnymi grupami w ramach jednego państwa. Katalog ustawowo wyszczególnionych przestępstw godzących w dobro prawne, jakim jest państwo stanowić więc będzie element tej rywalizacji, odpowiedź na działania grup lub jednostek dążących w sposób niezgodny z prawem do zachwiania obowiązującego w państwie *status quo*. Normatywne wyodrębnienie katalogu dóbr godzących w dobro, jakim jest państwo i jego egzekwowanie przez jedną grupę, oraz naruszanie go w bezprawny sposób przez drugą, stanowić będzie jeden z elementów „prowadzenia polityki”, *ergo* – będzie mieć charakter polityczny.

Należy pamiętać, iż kryminalizacja zachowań godzących w dobro, jakim jest państwo nie ma na celu uznanie ich za przestępne z tego powodu, iż zmierzają one do zmiany aktualnie panującego w państwie konstytucyjnego ustroju (gdyż stanowi to cel w zasadzie każdego ugrupowania opozycyjnego), lecz dlatego, że dążą one do takiej zmiany metodami bezprawnymi, między innymi za pomocą bezprawnej przemocy⁴². Tylko państwo posiada bowiem monopol na prawowite stosowanie przemocy⁴³. Takie rozumienie przestępstw przeciwko dobru, jakim jest państwo stoi w opozycji do sposobu i formy uregulowania oraz wykładni tego rodzaju deliktów w państwach realnego socjalizmu, gdzie wyodrębnione przez ustawodawcę kategorie przestępstw przeciwko państwu służyły ochronie nie tylko państwa, ale i aktualnie obowiązującego w nim ustroju, niezależnie od bezprawności zmierzających do jego zmiany zachowań⁴⁴.

⁴⁰ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 553 ze zm.).

⁴¹ Z. Krasnodębski, *Wstęp* [w:] M. Weber, *Polityka jako zawód i powołanie*, Kraków 1998, s. 37-38.

⁴² S. Hoc, *op.cit.*, s. 57; por. także art. 127 § 1 k.k.

⁴³ Z. Krasnodębski, *op.cit.*

⁴⁴ J. Wojciechowska, *Przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej* [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 117-221*, red. A. Wąsek, R. Zawłocki, t. I, Warszawa 2010, s. 58-59; por. także P. Kardas, *op.cit.*, s. 174-175.

Opierając się na Weberowskim rozumieniu pojęcia polityki, na gruncie uregulowań normatywnych dotyczących ENA, za zasadne wydaje się więc uznanie przestępstwa politycznego za zachowanie przestępne godzące w dobro, jakim jest państwo.

6.2. Kontekst obowiązywania zasady wzajemnego uznawania orzeczeń sądowych i zasady zaufania

Materia normatywna art. 2 ust. 2 decyzji ramowej statuuje katalog 32 rodzajów zachowań przestępnych, w odniesieniu do których obowiązek badania warunku podwójnej karalności zastępuje zasada wzajemnego uznawania orzeczeń oraz będąca jej pochodną zasada zaufania. Wśród wskazanych przez art. 2 ust. 2 rodzajów czynów zabronionych wymienione są takie przestępstwa jak zabójstwo czy też przestępstwa komputerowe⁴⁵. Delikty te, przy skupieniu się na motywacji sprawcy w myśl teorii podmiotowej, można bez żadnych przeciwwskazań określić jako przestępstwa polityczne. Wskazany przepis decyzji ramowej nie wspomina jednak o kategorii typów czynów godzących w dobro, jakim jest państwo. Z uwagi na to, przy przyjęciu na gruncie decyzji ramowej teorii podmiotowej doszłoby do sytuacji, gdzie w stosunku do jednych kategorii przestępstw politycznych ma zastosowanie warunek podwójnej karalności, do drugiej zaś już nie. Przyjęcie za zasadne interpretacji opartej o koncepcję przedmiotową eliminuje ten problem, zaś postawienie znaku równości między przestępstwami godzącymi w dobro, jakim jest państwo a przestępstwami politycznymi, wyłącza ten rodzaj deliktów z zakresu obowiązywania zasady wzajemnego uznawania orzeczeń oraz zasady zaufania. Tym samym obowiązek badania warunku podwójnej karalności w stosunku do tego rodzaju deliktów pozostaje w mocy. Jednocześnie powoduje to, iż takie typy czynów jak terroryzm, zwolnione z obowiązku badania warunku podwójnej karalności z uwagi na zawarcie ich w enumeratywnym wyliczeniu wskazanym w art. 2 ust. 2, nie mogą być uznane na gruncie decyzji ramowej za przestępstwa polityczne, co z kolei pozostaje w korelacji z innymi regulacjami prawa międzynarodowego⁴⁶. Przyjęcie koncepcji przedmiotowej ma więc wpływ na transparentność i spójność uregulowań decyzji ramowej, także w szerszym wymiarze systemu prawa międzynarodowego.

6.3. Argument „inflacji” przestępstw politycznych

Przyjęcie koncepcji podmiotowej w odniesieniu do uregulowań przyjętych w decyzji ramowej rodzi kolejny zasadniczy problem – przy jej zastosowaniu, liczba przestępstw politycznych nie ma jednoznacznie określonych granic, nie tworzy spójnej, ukonstytuowanej odgórnie kategorii deliktów. *Notabene*, argument zbytniego „rozmywania granic” między przestępstwami politycznymi a przestępstwami pospolitymi stanowi jeden z podstawowych zarzutów stawianych tego rodzaju teoriom⁴⁷. Należy uznać,

⁴⁵ Należy jednak zaznaczyć, iż katalog wskazany w art. 2 ust. 2 decyzji ramowej ma jedynie charakter rodzajowy, nie definiuje on indywidualnych typów przestępstw – por. A. Górski, A. Sakowicz, *op.cit.*, s. 272–273.

⁴⁶ Por. art. 1 europejskiej konwencji o zwalczaniu terroryzmu.

⁴⁷ Por. S. Hoc, *op.cit.*, s. 63.

iż pobudki kierujące zachowaniem sprawcy powinny być rozpatrywane przy ewentualnym rozstrzygnięciu o wymiarze kary⁴⁸, nie zaś decydować o tym, czy sprawca dopuścił się określonego rodzaju przestępstwa.

6.4. Transparentność oraz pewność orzekania

O zasadności przyjęcia teorii przedmiotowej świadczą również względy natury systemowej. Koncepcja ta lepiej wpasowuje się bowiem w charakter regulacji decyzji ramowej, a zwłaszcza jej art. 2 ust. 2. Przyjęcie założenia, iż przestępstwa polityczne stanowią kategorię czynów zabronionych godzących w dobro prawne, jakim jest państwo, zwiększa transparentność owego przepisu. Po pierwsze, w typach czynów wskazanych w przepisie aspekt dominujący posiada sfera przedmiotowa, wskazująca wyłącznie sposób popełnienia zachowania przestępnego, bez względu na jego charakter podmiotowy, lub też motywy, którymi kierował się sprawca danego zachowania⁴⁹. Po drugie, jak wskazano wyżej, przy zastosowaniu teorii podmiotowej dochodzi do „rozmycia” granic między przestępstwami politycznymi a pospolitymi, a przez to również i do problemów w zakresie zastosowania zasady wzajemnego uznawania w stosunku do przestępstw politycznych. Ma to również wpływ na pewność stosowanego prawa – utożsamienie przestępstw politycznych z przestępstwami przeciwko państwu wyłącza konieczność badania motywacji sprawcy czy też strony podmiotowej *sensu stricto*, przez organ orzekający przy przekazaniu osoby w trybie ENA. W skrajnych przypadkach badanie płaszczyzny woluntatywnej mogłoby zbliżyć się w swej istocie do orzekania o odpowiedzialności sprawcy przestępstwa politycznego przez organ do tego nieuprawniony, a tym samym prowadziłoby do naruszenia norm jurysdykcyjnych określających organ właściwy do orzekania co do odpowiedzialności karnej.

6.5. Problem instrumentalizacji pojęcia przestępstwa politycznego

Z koncepcją podmiotową wiąże się także potencjalne niebezpieczeństwo nadmiernej instrumentalizacji omawianego pojęcia. Uzależnianie przypisania sprawcy odpowiedzialności za popełnienie przestępstwa politycznego w oparciu o przesłanki woluntatywne zbliża określenie „przestępstwa politycznego” w stronę charakterystycznego dla państw totalitarnych pojęcia „prawa karnego sprawcy”. Uznanie danego zachowania za przestępne może być bowiem uzależnione tylko od właściwości czynu, nie od właściwości sprawcy⁵⁰. Na gruncie ENA może mieć to znaczenie w przypadku, gdy przestępstwo polityczne, zależnie od woli ustawodawcy, określane jest jako uprzywilejowany lub kwalifikowany typ przestępstwa pospolitego lub też odrębny typ wskazany w ustawie karnej. Przy określaniu czym jest przestępstwo polityczne na podstawie kryteriów

⁴⁸ Por. art. 53 § 2 k.k.

⁴⁹ Art. 2 ust. 2 decyzji ramowej w sposób „hasłowy” wymienia takie typy czynów jak terroryzm, handel ludźmi, wykorzystywanie seksualne dzieci czy też korupcja. Kwestie ewentualnej istotności sfery podmiotowej lub też wpływu motywacji na wymiar kary będą miały znaczenie wyłącznie na szczeblu prawa krajowego.

⁵⁰ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2012, s. 303 i nast.

przedmiotowych znaczenie konstytutywne mają kwestie natury obiektywnej – jest to niezwykle istotne z perspektywy gwarancji procesowych.

Zarzut instrumentalizacji pojęcia przestępstwa politycznego zdaje się być zasadny również w stosunku do teorii mieszanych, szeroko akceptowanych w kręgu państw realnego socjalizmu, m.in. w formie tzw. „przestępstwa kontrrewolucyjnego”⁵¹. Samo pojęcie przestępstwa politycznego traktowano w socjalistycznej kulturze prawnej jako element marksistowskiej „walki klas”⁵². Teorie mieszane, z uwagi na ich silny związek z doktrynami prawnopolitycznymi państw bloku komunistycznego, niosą za sobą bagaż negatywnych doświadczeń systemów totalitarnych.

Mając na uwadze powyższe, na gruncie decyzji ramowej teorii podmiotowe oraz mieszane powinny zostać odrzucone na rzecz teorii przedmiotowej, utożsamiającej pojęcie przestępstwa politycznego z przestępstwem godzącym w dobro prawne, jakim jest państwo. Takie rozumienie przestępstwa politycznego ma charakter ściśle funkcjonalny, odnosząc się zarówno do transparentności i sprawności stosowania instytucji ENA, w szczególności w kontekście art. 2 ust. 2 decyzji ramowej.

7. Problematyka indywidualizacji dobra będącego przedmiotem naruszenia przez sprawcę przestępstwa politycznego

W oparciu o teorię przedmiotową ustalono, iż w stosunku do przestępstw politycznych nie ma zastosowania wyrażona w normie prawnej art. 2 ust. 2 decyzji ramowej konstrukcja normatywna stosowania zasady wzajemnego uznawania oraz zasady zaufania⁵³. W stosunku do tego rodzaju deliktów jako aktualne należy więc uznać ciągle obowiązywanie zasady podwójnej karalności⁵⁴. Rodzi to zasadniczy problem – przestępstwa przeciwko państwu uznać należy za typy czynów, których znamiona czynności wykonawczej naruszają skonkretyzowane dobro mające charakter indywidualny – godzą one bowiem nie tyle w dobro, jakim jest państwo w ogóle, ale w dobro zindywidualizowanego i wyszczególnionego bytu politycznego. Rozdział XVII k.k. wymienia przestępstwa popełniane na szkodę Rzeczypospolitej Polskiej, rozumianej jako państwo polskie, zapewniające byt i bezpieczeństwo ludności zamieszkałej i przebywającej na jej terytorium⁵⁵, nie państwa jako kategorii ogólnej. Trudno wyobrazić sobie sytuację, by w regulacjach karnych państwa X obowiązywały normy karne kryminalizujące atak na dobro, jakim jest państwo Y. Należy więc zadać pytanie, czy w tym wypadku w ogóle jest możliwe wydanie ENA jeżeli uzna się, że dane przestępstwo jest przestępstwem tylko w kraju wnioskującym o wydanie osoby.

⁵¹ P. Kardas, *op.cit.*, s. 174; por. także S. Hoc, *op.cit.*, s. 55.

⁵² B. Wierzbicki, *op.cit.*, s. 145.

⁵³ Odnośnie wagi powyższych zasad w stosunku do instrumentu europejskiego nakazu aresztowania por. A. Górski, A. Sakowicz, *op.cit.*, s. 272 i nast.

⁵⁴ W przypadku przestępstw politycznych mamy więc do czynienia z odejściem od charakterystycznego dla procedury wzajemnego uznawania orzeczeń sądowych trybu *adiustatur*, na rzecz trybu *exequatur*.

⁵⁵ S. Hoc, *op.cit.*, s. 59.

7.1. Zasada wzajemności

Z uwagi na obowiązywanie zasady podwójnej karalności w stosunku do przestępstw o charakterze politycznym, argumentów za możliwością wydawania sprawców przestępstw politycznych w trybie ENA szukać należy w innych, historycznie starszych zasadach prawa międzynarodowego, m.in. obecnej w prawie traktatowym zasadzie wzajemności⁵⁶, jak i w zasadzie interpretacji traktatów w dobrej wierze w rozumieniu uregulowań konwencji wiedeńskiej z dnia 23 maja 1969 r. o prawie traktatów⁵⁷.

Przy decydowaniu o wydaniu sprawcy w trybie ENA kwestię zasadniczą stanowić więc będzie uznaniowość orzekającego w tym przedmiocie sądu. To w gestii organu orzekającego leżeć będzie ostateczna decyzja o uznaniu przekazania sprawcy przestępstwa politycznego za zasadne. Dodatkowo należy zaznaczyć, iż zgodnie z art. 607r § 1 pkt 1 k.p.k., niespełnienie przez czyn sprawcy warunku podwójnej karalności stanowi jedynie fakultatywną przesłankę odmowy wykonania ENA. Przekazanie takie może być podyktowane innymi czynnikami, takimi jak wzajemna ochrona interesów zainteresowanych państw, solidarność międzypaństwowa czy po prostu kwestie *comitas gentium*.

7.2. Zasada lojalności

Funkcję pomocniczą w kontekście omawianej materii pełnić może również statuowana w art. 4 ust. 3 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej zasada lojalności, głównie odnośnie jej zakresu podmiotowego (zasada ta ma zastosowanie również do sądów)⁵⁸ oraz jednego z jej aspektów przedmiotowych (obowiązek o charakterze pozytywnym, obligujący organy krajowe do ułatwiania Unii Europejskiej wykonywania jej zadań)⁵⁹.

7.3. Charakter pomocniczy zasady wzajemnego uznawania i zasady zaufania

W przypadku przekazywania osób w trybie ENA nie wydaje się trafnym odrzucanie *a limine* możliwości uwzględnienia zasad wzajemnego uznawania orzeczeń oraz zasady zaufania. ENA, jako instrument prawa unijnego, niezależnie od okoliczności powinien być rozpatrywany w kategoriach systemowych, jako element całościowego systemu prawa wspólnotowego. Już pkt 10 zd. 1 preambuły decyzji ramowej wskazuje na ogólne oparcie stosunków łączących państwa członkowskie na gruncie decyzji ramowej na zasadzie szczególnego zaufania.

⁵⁶ Zgodnie z zasadą wzajemności, obywatele państwa A będą traktowani w państwie B tak samo, jak państwo A traktuje u siebie obywateli państwa B. Zasada wzajemności może mieć charakter materialny, tj. jeżeli to traktowanie pod względem treści jest identyczne, bądź też formalne, jeżeli stosuje się traktowanie takie, jak swoich własnych obywateli na podstawie obowiązujących ustaw – por. J. Pieńkos, *Prawo Międzynarodowe Publiczne*, Kraków 2004, s. 340.

⁵⁷ Por. art. 31 konwencji wiedeńskiej z dnia 23 maja 1969 r. o prawie traktatów (Dz.U. z 1990, Nr 74, poz. 439).

⁵⁸ A. Łazowski, *Zasada lojalności* [w:] *Zasady Ustrojowe Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, Warszawa 2010, s. 97–99.

⁵⁹ A. Łazowski, *op.cit.*, s. 99 i nast.; w kontekście omawianej decyzji ramowej por. także punkt 5, 6, 7 preambuły.

Zasadnym jest więc przyjęcie tezy, aby reguły wzajemnego uznawania i zaufania stosować przynajmniej w wymiarze pomocniczym w zakresie orzekania o wydaniu sprawców przestępstw politycznych w trybie ENA – wszak mówimy tutaj o wykonywaniu postanowień decyzji ramowej przez państwa członkowskie związane postanowieniami mającymi swoje oparcie w szeregu innych aktów prawa unijnego.

Należy jednak pamiętać, iż w trakcie decydowania o zasadności ENA zasady te nie mogą mieć znaczenia decydującego, a tym bardziej konstytuującego decyzję o przekazaniu. Możliwe jest jednak, w oparciu o argumenty natury systemowej, traktowanie zasad wzajemnego uznawania i zaufania w kategoriach klauzul pomocniczych.

8. Przekazywanie sprawcy przestępstwa politycznego w trybie europejskiego nakazu aresztowania – kontekst polski

Przechodząc do omawiania opisywanego zagadnienia na grunt prawa krajowego, zasadnym jest przytoczenie przede wszystkim regulacji prawnej art. 55 ust. 4 Konstytucji, która to *expressis verbis* w swojej zawartości normatywnej posługuje się pojęciem „popelnionego bez przemocy przestępstwa z przyczyn politycznych”⁶⁰.

Porównywanie wskazanych przepisów związane jest z obecnym kilka lat temu w literaturze przedmiotu konfliktem co do istoty ENA, tj. czy stanowi ono odrębny instrument prawa, czy jest tylko odmianą ekstradycji⁶¹. Na gruncie prawa polskiego odpowiedź na to pytanie powinna być jasna – ustawodawca przesądził bowiem o autonomiczności obu instytucji poprzez ich odrębne uregulowanie w Kodeksie postępowania karnego⁶². Z formalno-procesowego punktu widzenia są to więc instytucje odrębne⁶³. Z uwagi na to, konstytuowany przez art. 55 ust. 4 Konstytucji bezwzględny zakaz ekstradycji sprawców przestępstw popełnionych z pobudek politycznych bez użycia przemocy uznać należy za odnoszący się wyłącznie do instytucji ekstradycji i jako niemający zastosowania do instrumentu, jakim jest ENA. O ile założenia i cele obu instytucji mogą być zbliżone, to jednak z uwagi na ich ustawowe rozróżnienie, należy je traktować jako osobne i niezależne od siebie instrumenty prawne.

8.1. Przestępstwo polityczne a przestępstwo popełniane z przyczyn politycznych

Na gruncie dotychczasowych rozważań możliwe jest zauważenie pewnego dysonansu pomiędzy rozumieniem przestępstwa politycznego w myśl koncepcji przedmiotowych a obecnym w art. 607p § 1 pkt 6 k.p.k. pojęciem „przestępstwa popełnionego bez przemocy z przyczyn politycznych”. Przepis ten konstytuuje bezwzględny zakaz wydawania

⁶⁰ W doktrynie zauważalny jest pogląd wskazujący na pewną niekonsekwencję ustawodawcy przy posługiwaniu się owym pojęciem, które używane jest w różnych kontekstach nie tylko na gruncie Konstytucji i k.p.k., ale i uregulowań k.k.w. – por. art. 107 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. Nr 90, poz. 557 ze zm.); por. także: P. Kardas, *op.cit.*, s. 181; S. Hoc, *op.cit.*, s. 62.

⁶¹ *Współpraca sądowa w Unii Europejskiej...*, s. 435; por. także: Górski, A. Sakowicz, *op.cit.*, s. 277.

⁶² Por. art. 593, 602, 607a, 607k k.p.k.

⁶³ Odnosnie zasadniczych różnic pomiędzy istotą europejskiego nakazu aresztowania a instytucją ekstradycji por. A. Górski, A. Sakowicz, *op.cit.*, s. 278.

w trybie ENA sprawców przestępstw popełnionych z przyczyn politycznych bez użycia przemocy. Intuicja podpowiadałaby więc, że na tej podstawie nie byłoby możliwe wydanie osoby, która popełniła bez użycia przemocy przestępstwo godzące w dobro, jakim jest państwo. Konkluzję tą uznać należy za błędną. W określeniu „przestępstwa popełnionego z przyczyn politycznych” zauważalna jest wyraźna obecność czynnika woluntatywnego. Jak już wcześniej wskazano, o tym które zachowanie przestępne zakwalifikowane zostanie jako przestępstwo polityczne decydować powinny czynniki obiektywne, nie subiektywne. W oparciu o kryteria obiektywne należy zatem przyjąć, iż na gruncie prawa polskiego „przestępstwo popełniane z przyczyn politycznych” nie stanowi automatycznie przestępstwa politycznego w myśl rozdziału XVII k.k. Jest ono po prostu przestępstwem mogącym godzić w jakiekolwiek dobro, które to charakteryzuje motywacja sprawcy mająca charakter polityczny. Jest to kwestia wymagająca wyraźnego rozróżnienia i wyodrębnienia w stosunku do pojęcia przestępstwa politycznego rozumianego jako godzące w dobro prawne, jakim jest państwo.

Opierając się o teorię przedmiotową, bezwzględny zakaz wyrażony w przepisie k.p.k. nie będzie miał automatycznego zastosowania do przestępstw politycznych rozumianych jako przestępstwa przeciwko państwu. Będzie on stosowany do wszelkich zachowań przestępnych, w których obecna będzie płaszczyzna woluntatywna oparta o pobudki lub cele o charakterze politycznym⁶⁴, a samo zachowanie przestępne dokonane zostanie bez użycia przemocy. Z uwagi jednak na odrzucenie zasadności stosowania teorii podmiotowej (lub mieszanej) w stosunku do określania zakresu przedmiotowego pojęcia „przestępstwa politycznego”, nie jest możliwe stawianie znaku równości pomiędzy przestępstwem politycznym a przestępstwem popełnianym z przyczyn politycznych. Pojęcia te powinno traktować się jako odrębne od siebie kategorie normatywne. W przypadku uznania przestępstwa za polityczne, czynnikiem decydującym o takim a nie innym jego zakwalifikowaniu, jak wskazano wcześniej, powinny być bowiem kwestie obiektywne.

Jednocześnie należy przyjąć, iż w stosunku do przestępstw popełnianych z przyczyn politycznych, właściwym jest stosowanie zasady wzajemnego uznawania orzeczeń i zasady zaufania, jeżeli tylko możliwe jest ich zakwalifikowanie do katalogu czynów zabronionych wskazanych w art. 2 ust. 2 decyzji ramowej. Ponadto należy uznać za prawidłowy wniosek, iż możliwą do przyjęcia konstrukcją jest uznanie, że dane zachowanie przestępne definiowane jako przestępstwo polityczne (ponieważ godzić będzie w dobro uznane za polityczne) teoretycznie może być popełnione zarówno z przyczyn politycznych, jak i nie.

Spełnienie tylko i wyłącznie znamion obiektywnych właściwych dla typu czynu godzącego w dobro polityczne nie będzie oznaczało automatycznego uznania badanego zachowania przestępnego za spełniające hipotezę zakazu z art. 607p § 1 pkt 6 k.p.k., w przypadku braku po stronie sprawcy czynnika woluntatywnego w postaci celu lub pobudek popełnienia przestępstwa z przyczyn politycznych, nawet jeżeli popełnione ono zostało bez użycia przemocy. Dlatego też za sytuację możliwą należy uznać taką, gdzie przestępstwem popełnionym z przyczyn politycznych będzie zarówno zachowanie godzące w dobro prawne o charakterze politycznym, jak i „pospolitym”.

⁶⁴ Może mieć to znaczenie m.in. w wypadku zachowań przestępnych dokonywanych w ramach tzw. „obywatelskiego nieposłuszeństwa”.

8.2. Normy zabezpieczające przy przekazywaniu sprawców w trybie europejskiego nakazu aresztowania

Mając na uwadze dotychczasowe ustalenia, czytelnik dokonując porównania możliwości przekazywania sprawców przestępstw politycznych na gruncie ENA oraz instytucji ekstradycji odnieść może wrażenie, iż instrument pierwszy, normatywnie „młodszy”, odnosi się zdecydowanie bardziej liberalnie do kwestii wydawania pomiędzy państwami sprawców przestępstw politycznych. Choć konkluzję taką uznać należy za prawidłową, to jednak nie pociąga ona za sobą automatycznie konsekwencji naruszania przez ENA historycznej tradycji normatywnej, mającej oparcie w umowach międzynarodowych, a ograniczającej możliwość wydawania sprawców przestępstw politycznych. Decyzja ramowa już w treści preambuły wskazuje bowiem na szereg „wentyli bezpieczeństwa”⁶⁵, pełniących funkcję zabezpieczającą.

8.3. Brak czynnika politycznego

Po pierwsze, orzekanie o przekazaniu w trybie ENA obejmuje procedurę wyłącznie prawną, bez fazy politycznej⁶⁶. Zgodnie bowiem z art. 607a k.p.k., organem właściwym do wydania ENA jest właściwy miejscowo sąd okręgowy działający w postępowaniu przygotowawczym na wniosek prokuratora, zaś w postępowaniu sądowym i wykonawczym z urzędu. Podobna sytuacja ma miejsce w przypadku przekazania z terytorium Rzeczypospolitej Polskiej osoby ściganej europejskim nakazem aresztowania – na podstawie art. 607k § 2 k.p.k. organem decydującym, na wniosek prokuratora, jest właściwy miejscowo ze względu na miejsce przesłuchania osoby sąd okręgowy. Stanowi to sytuację odmienną niż w przypadku wystąpienia do państwa obcego przez stronę polską o wydanie w trybie art. 593 k.p.k. osoby ściganej przebywającej za granicą, gdzie organem właściwym jest co prawda sąd lub prokurator, to jednak wniosek ekstradycyjny składany jest za pośrednictwem Ministra Sprawiedliwości⁶⁷. Zasadnicze wyeliminowanie czynnika politycznego stanowi funkcję gwarancyjną sprawiedliwości i bezstronności wydania orzeczenia w przedmiocie ENA.

8.4. Prawo do odmowy wydania osoby

Po drugie, przekazywanie osób ściganych za popełnienie przestępstw politycznych może podlegać potencjalnemu ograniczeniu w oparciu o inne regulacje decyzji ramowej. Nadrzędne znaczenie mają w tym wypadku punkt 10 i 12 preambuły. Punkt 12 zd. 2 stanowi, iż przepisy omawianej decyzji ramowej nie mogą stać na przeszkodzie odmowy wydania osoby w trybie ENA w przypadku, gdy nakaz ten umotywowany jest ściganiem lub ukaraniem osoby „ze względu na jej płeć, rasę, religię, pochodzenie etniczne, obywatelstwo,

⁶⁵ A. Górski, A. Sakowicz, *op.cit.*, s. 271.

⁶⁶ *Współpraca sądowa w Unii Europejskiej...*, s. 432; por. też pkt 9 decyzji ramowej o europejskim nakazie aresztowania.

⁶⁷ Należy jednak pamiętać, iż organem właściwym w trybie ekstradycji w przypadku orzekania o wydaniu osoby ściganej przez stronę polską na wniosek państwa obcego jest wyłącznie sąd okręgowy właściwy ze względu na miejsce przesłuchania osoby – por. art. 602 § 2 k.p.k.

język, poglądy polityczne lub orientację seksualną, lub że jej sytuacja może ulec pogorszeniu z jednej z tych przyczyn”. We wskazanych wyżej przypadkach preambuła daje organowi orzekającemu wyraźne prawo do odmowy przekazania osoby w trybie ENA państwu, które tego żąda, jeżeli żądanie to narusza wskazane wyżej uregulowanie preambuły. Uprawnienie to przysługuje zarówno w przypadku przestępstw wymienionych w art. 2 ust. 2 decyzji ramowej, jak i do typów czynów, w stosunku do których istnieje obowiązek przeprowadzenia testu podwójnej karalności⁶⁸. Dodatkowo, pkt 13 preambuły statuuje bezwzględny zakaz niewydawania osoby nie tylko w trybie ENA, ale i w każdym wypadku usunięcia, wydalenia lub wydania osoby do państwa, w którym istnieje „poważne ryzyko, że zostanie ona skazana na karę śmierci, poddana torturom lub innemu niehumanitarnemu lub poniżającemu traktowaniu lub karze”.

8.5. Prawo do zawieszenia wykonania europejskiego nakazu aresztowania

Prawo to, przewidziane w pkt. 10 zd. 2 preambuły, ulega aktywizacji w przypadku poważnego i trwałego naruszenia przez jedno z państw członkowskich zasad określonych w art. 6 ust. 1 Traktatu o Unii Europejskiej⁶⁹. Z kolei pkt 12 zd. 1 preambuły zawiera w sobie normę gwarancyjną dotyczącą respektowania przez postanowienia decyzji ramowej zasad wyrażonych w art. 6 Traktatu o Unii Europejskiej oraz tych, „które znajdują odbicie w Karcie Podstawowych Praw Unii Europejskiej, w szczególności w jej rozdziale VI [Tytuł]”. Należy więc uznać, że ewentualne przekazanie w trybie ENA osoby, która popełniła przestępstwo polityczne, może podlegać ograniczeniu również w przypadku, kiedy państwo, w którym popełniono zachowanie przestępne o znamionach politycznych, występuje o wydanie osoby, samo jednocześnie naruszając w sposób bezpośredni zasady wyrażone w treści Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, w szczególności zaś zasady wolności i demokracji, zasady poszanowania praw człowieka i podstawowych wolności oraz państwa prawnego. Ograniczenie to w pewnym stopniu może być uznane za „duchowego spadkobiercę” idei wyrażonych w regulacjach konwencji o ekstradycji z 1957 r.⁷⁰

9. Wnioski końcowe

W przeciwieństwie do wykazanej praktyki umów i konwencji ekstradycyjnych konstytuujących brak dopuszczalności ekstradycji sprawców przestępstw politycznych, obecne regulacje decyzji ramowej uprawniają państwa członkowskie do przekazywania osób ściganych za popełnienie przestępstwa politycznego. Orzekanie o możliwości i zasadności przekazania (potencjalnego) sprawcy tego rodzaju deliktów w trybie ENA pozostaje jednak w swoim zasadniczym zakresie w gestii organu orzekającego, który to sam,

⁶⁸ Por. także art. 607p § 1 pkt 5 k.p.k., który jako jedną z przesłanek obligatoryjnych odmowy wydania osoby w trybie europejskiego nakazu aresztowania wskazuje możliwość naruszenia wolności i praw człowieka i obywatela w wypadku wykonania nakazu.

⁶⁹ Obecnie art. 6 ust. 1 wersji skonsolidowanej Traktatu o Unii Europejskiej (Dz.U.UE.2016.C.202); konstytuuje on obowiązek bezpośredniego stosowania postanowień Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej dotyczących praw, wolności i innych zasad wyrażonych w Karcie.

⁷⁰ Por. art. 6 konwencji z dnia 13 grudnia 1957 r. o ekstradycji.

w oparciu zarówno o regulacje prawa unijnego, jak i krajowego oraz mając na uwadze obręb właściwej dla siebie kultury prawnej, a także własne przekonania, powinien dojść do konkluzji, czy dana osoba dopuściła się popełnienia przestępstwa o charakterze politycznym oraz czy zasadnym jest wykonanie ENA względem niej. Przekazanie sprawcy (lub podejrzanego o popełnienie) przestępstwa politycznego w trybie ENA jest jednak obwarowane szeregiem regulacji o charakterze „zabezpieczającym”⁷¹.

Mając na uwadze powyższe, uzasadnionym jest, co do zasady, umożliwienie wydania ENA w stosunku do osób ściganych za popełnienie przestępstwa politycznego (rozumianego jako godzącego w dobro prawne, jakim jest państwo) oraz ich przekazywanie państwu, które tego żąda, na gruncie regulacji zawartych w opisywanej decyzji ramowej.

Wydaje się, iż zderzenie problemów natury teoretycznej dotyczących problematyki przestępstw politycznych z obecną europejską rzeczywistością społeczno-polityczną stanowi jeszcze kwestię przyszłości. Zaznaczyć jednak należy, iż być może jest to już przeszłość nieodległa. „Bałkanizacja” Europy, gwałtowne przemiany społeczne i ustrojowe w ramach Unii Europejskiej, których jesteśmy świadkami oraz szereg innych czynników, takich jak nowopowstające formy popełniania czynów zabronionych (np. zachowania przestępne dokonywane w całości w przestrzeni internetowej) dają pole do uzasadnionych przypuszczeń, iż pojęcie przestępstwa politycznego już w niedługim czasie przeżywać będzie renesans w doktrynie zarówno prawa międzynarodowego, jak i karnego.

* * *

The Possibility of Applying the European Arrest Warrant in Relation to Perpetrators of Political Crimes

The subject of this article is an attempt to answer the question about meaning, possibilities and legitimacy of using the European arrest warrant institution in relation to people suspected of committing a political crime. Author attempts to define this concept in the context of the framework decision on the European arrest warrant and performs a comparative analysis of the indicated EU law instrument in the context of extradition. The subject of the article is also an attempt to answer the question about the place of political crime not only among the rules of European criminal law but also the entire system of Community law. The issues of the attitude of political crime and the European arrest warrant issued on its subject in terms of the regulations of Polish law and fundamental rights and freedoms of a man and a citizen were also discussed.

Key words: political offense, European arrest warrant, community law, criminal procedure

⁷¹ Takimi jak obowiązek przeprowadzenia testu podwójnej karalności, obowiązek ogólnego poszanowania przez organy państwowe zasad Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, brak czynnika politycznego o charakterze decyzyjnym przy wydawaniu i orzekaniu o przekazaniu.

Mateusz Korzeniak¹, Mateusz Szurman²

Przepadek przedsiębiorstwa jako nowy środek reakcji karnej

Streszczenie:

Przepadek przedsiębiorstwa stanowi nowy kodeksowy środek reakcji karnej, który – zgodnie z założeniami ustawodawcy – ma służyć zwalczaniu przestępczości zorganizowanej, gospodarczej i skarbowej. Jego innowacyjność sprowadza się do oryginalnego ujęcia składników mienia, które podlega przepadkowi. W artykule dokonano wykładni i oceny jurystycznych przesłanek orzekania przepadku przedsiębiorstwa. W celu ukazania szerszej perspektywy funkcjonowania omawianej regulacji omówiono, w niezbędnym zakresie, analogiczne rozwiązania w ustawodawstwie Niemiec, Zjednoczonego Królestwa i Włoch. Autorzy dokonują również oceny charakterystyki przepadku w ogólności. Artykuł porusza także kwestie związane z konstytucyjnymi aspektami przepadku przedsiębiorstwa i wątpliwości, które mogą się ujawnić podczas próby jego praktycznego zastosowania.

Słowa kluczowe: przepadek, przepadek przedsiębiorstwa, zwalczanie przestępczości, zorganizowana przestępczość, przestępczość gospodarcza, przestępczość skarbową

1. Wstęp

Konieczność skutecznego zwalczania przestępczości zorganizowanej i gospodarczej jest bez wątpienia wyzwaniem przed którym stoi w zasadzie każde nowożytne państwo. Biorąc pod uwagę, iż postępujące procesy globalizacyjne dotyczą każdej sfery

¹ Autor jest absolwentem studiów prawniczych na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz aplikantem adwokackim w Krakowskiej Izbie Adwokackiej.

² Autor jest uczestnikiem studiów doktoranckich na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz aplikantem adwokackim w Krakowskiej Izbie Adwokackiej.

życia, nie można nie zauważyć, że wraz ze zmianą otaczającej rzeczywistości dochodzi do swoistej zmiany struktury przestępczości, która instrumentalnie wykorzystuje to bez wątpienia pozytywne zjawisko. Problem ten sygnalizowany był już w 1981 r., kiedy to Rada Europy przyjęła dokument programowy zawierający zalecenia w przedmiocie skuteczniejszego zwalczania przestępczości gospodarczej³. Wprowadzanie jednak coraz to nowych typów czynów zabronionych oraz coraz większa ich normatywna uproszczoność i represyjność, czyli działania oparte o teorie prewencji generalnej, zdają się nie zdawać egzaminu praktycznego i są często oceniane jako działania populistyczne⁴. Wraz z ewolucją przestępczości, która coraz częściej przybiera formę działania świetnie zorganizowanych grup transgranicznych, wykorzystujących mechanizmy obrotu gospodarczego i system finansowy państw do osiągania kolosalnych zysków, musi następować ewolucja prawno-karnych instytucji służących zapobieganiu temu jednoznacznie negatywnemu zjawisku. Jej wynikiem jest zmiana podejścia do sposobu zwalczania wskazanych patologii poprzez uczynienie ich nieopłacalnymi materialnie. Nowoczesne ustawodawstwa, w tym ustawodawstwo Unii Europejskiej⁵, przewidują wyposażenie organów ścigania i organów wymiaru sprawiedliwości w prawno-karne instytucje służące efektywniejszej neutralizacji korzyści pochodzących z przestępstwa i narzędzi służących do jego popełnienia poprzez ich skuteczniejsze wykrywanie, zabezpieczanie i potencjalny przepadek.

Przedmiotem dogmatycznej analizy dokonywanej na kartach niniejszego opracowania jest nowa instytucja przypadku przedsiębiorstwa, wprowadzona do polskiego porządku prawa karnego na mocy ustawy z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw⁶. Zgodnie z art. 26 wskazanej ustawy nowo uchwalone regulacje uzyskały status przepisów obowiązujących z dniem 27 kwietnia 2017 r. Omawiane rozwiązania cechują się jednak podwójnym stopniem nowatorstwa. Po pierwsze, wyróżnić można pewną nowość o charakterze klasycznym. Z nią spotykamy się zawsze przy okazji ustanawiania nowych przepisów. Po drugie – co wydaje się ciekawsze – we wskazanym przypadku spotykamy się z całkowicie odmiennym i niespotykanym wcześniej ujęciem przedmiotu przypadku. To właśnie dwojako rozumiane nowatorstwo legislacyjne może być przyczyną różnorodnych problemów związanych z interpretacją wskazanej regulacji i fazą jej praktycznej aplikacji. Z tych też powodów autorzy uważają, iż regulacje zawarte w art. 44a k.k. stanowią interesujący i jeszcze niezbadany przedmiot rozważań.

³ Council of Europe *Legal Affairs, Economic Crime*, Nr R 81/12, Strasburg 1981; O. Górniok, *Problemy przestępczości gospodarczej w świetle zaleceń Rady Europy*, PiP 9/1991, s. 45.

⁴ T. Kaczmarek, *Racjonalny ustawodawca wobec opinii społecznej a populizm penalny* [w:] *Populizm penalny i jego przejawy w Polsce-materiały z Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr Prawa Karnego, Szklarska Poręba 24 – 27 września 2008 r.*, red. Z. Sienkiewicz, R. Kokot, Wrocław 2009, s. 34.

⁵ Decyzja Ramowa Rady 2005/212/WSiSW z dnia 24 lutego 2005 r. w sprawie konfiskaty korzyści, narzędzi i mienia pochodzących z przestępstwa (Dz. Urz. UE L 68/49); Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/42/UE z dnia 3 kwietnia 2014 r. w sprawie zabezpieczenia i konfiskaty narzędzi służących do popełnienia przestępstwa i korzyści pochodzących z przestępstwa w Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE L 127/39).

⁶ Ustawa z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2017, poz. 768).

2. *Ratio legis* i perspektywa międzynarodowa

Inspiracją dla wprowadzonych zmian są zarówno przepisy Decyzji Ramowej Rady 2005/212/WSiSW z dnia 24 lutego 2005 r. w sprawie konfiskaty korzyści, narzędzi i mienia pochodzących z przestępstwa⁷, jak i Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/42/UE z dnia 3 kwietnia 2014 r. w sprawie zabezpieczenia i konfiskaty narzędzi służących do popełnienia przestępstwa i korzyści pochodzących z przestępstwa w Unii Europejskiej⁸. Te wskazane akty prawne w swoim założeniu przenoszą ciężar walki z przestępczością gospodarczą z poziomu penalizacji indywidualnej, bo prowadzonej w ramach własnych polityk karnych danych państw członkowskich, na poziom zharmonizowanego działania mającego na celu na pozbawienie sprawców realnych korzyści płynących z przestępstwa i narzędzi wykorzystywanych do ich popełniania. Jak zostało wskazane *expressis verbis* w uzasadnieniu⁹ do projektu, deklarowanym celem nowelizacji jest właśnie transpozycja przepisów wskazanej wyżej dyrektywy¹⁰.

Jakkolwiek przepisy wskazanej regulacji unijnej mają na celu zwiększenie efektywności zabezpieczania mienia pochodzącego z przestępstwa, jak i narzędzi służących do jego popełnienia, to nie nakłada ona na ustawodawcę krajowego obowiązku wprowadzania tak ukształtowanego instrumentu postaci przypadku, jak ten obowiązujący na mocy art. 44a k.k. Niemniej jednak Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/42 posługuje się niezwykle szeroką definicją mienia, gdzie w art. 2 pkt 2 wskazano, iż pod pojęciem mienia kryje się mienie każdego rodzaju, materialne lub niematerialne, ruchome lub nieruchome, oraz dokumenty lub instrumenty prawne potwierdzające prawo do takiego mienia lub prawo z nim związane. Podobnie szeroko ustawodawca europejski określa definicję narzędzia służącego popełnianiu przestępstwa – chodzi tu o każde mienie użyte lub przeznaczone do użycia w jakikolwiek sposób, w całości lub częściowo do działalności przestępczej. Tak zarysowane wytyczne w zakresie ustawodawstwa stanowionego na poziomie europejskim korespondują z tezami przedstawionymi w uzasadnieniu do projektu wprowadzającego przepadek przedsiębiorstwa, gdzie podkreślono, iż niektóre przestępstwa gospodarcze i skarbowe, takie jak oszustwa podatkowe oraz pranie pieniędzy, są coraz częściej popełniane przy wykorzystaniu konwencjonalnej infrastruktury przedsiębiorstwa działającego legalnie lub powołanego w przestępczym celu; ustawodawca krajowy traktuje tym samym przedsiębiorstwo jako szczególnego rodzaju narzędzie przestępstwa¹¹. Mając na uwadze wskazaną perspektywę unijną, jak i realia przestępczości godzącej w obrót gospodarczy i finansowy interes Skarbu Państwa, wprowadzony przepadek przedsiębiorstwa literalnie odpowiada założeniom, jakie wyznacza prawo Unii Europejskiej¹².

⁷ Dz. Urz. UE L 68/49.

⁸ Dz. Urz. UE L 127/39.

⁹ Uzasadnienie projektu, tekst uzasadnienia dostępny na stronie internetowej Sejmu RP: <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?documentId=C4429F535A936943C125809D004C3C7C>, 20.01.2018.

¹⁰ *Ibidem*, s. 1.

¹¹ *Ibidem*, s. 4-5.

¹² K. Szczucki [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1-116, Komentarz do art. 44a*, Warszawa 2017, Legalis.

Projektodawca na stronie 5 uzasadnienia wskazał ponadto, że środek w postaci przepadku przedsiębiorstwa jest stosunkowo często stosowany w Zjednoczonym Królestwie i we Włoszech. Analiza przepisów obowiązujących w innych krajach europejskich nie pozwala wyrazić zgody na tak zaprezentowaną tezę. W przedmiocie uregulowań prawnych, jakie obowiązują na terenie Zjednoczonego Królestwa, głównym aktem prawnym regulującym kwestie dotyczące przepadku jest pochodzący z 2002 r. *Proceeds of Crime Act*¹³ (dalej jako: POCA). Sekcja 75 wskazanej ustawy pozwala na orzekanie przepadku całości mienia należącego do uprzednio prawomocnie skazanego sprawcy jeżeli po przeprowadzeniu postępowania dowodowego, opartego na specyficznym pojmowanym balansie prawdopodobieństwa, sąd będzie mógł orzec wobec niego, iż wiódł on przestępczy tryb życia (ustawa posługuje się wprost określeniem *criminal lifestyle*)¹⁴. Sięgając do uregulowań włoskiej ustawy karnej – *Codice penale*¹⁵ (dalej jako: C.P.) – można zauważyć, iż dopuszczenie orzekania przepadku całości mienia ograniczono, zgodnie z art. 416-bis C.P., do przypadków uprzedniego skazania sprawcy za udział w organizacji mafijnej. C.P. we wskazanej jednostce redakcyjnej zawiera definicję legalną terminu „organizacja typu mafijnego”. Podobnie skonstruowane instytucje przepadku spotykamy w Niemczech, gdzie od 1992 r. obowiązuje przepis art. 73d *Strafgesetzbuch*¹⁶, na mocy którego przepadkiem można objąć całość mienia uczestnika organizacji przestępczej, jakie jest w jego posiadaniu¹⁷.

Biorąc pod uwagę te jedynie pobieżne prawnoporównawcze uwagi dotyczące możliwości orzekania przepadku w poszczególnych krajach europejskich, całkowicie uzasadnionym jest przekonanie, iż obowiązujące tam regulacje w pełni wpisują się w cel, jaki zarysowano we wspomnianych już aktach prawa unijnego. Nie sposób jednak w nich odnaleźć uregulowań przepadku odnoszącego się wprost do przedsiębiorstwa, jakkolwiek nie można oczywiście wykluczyć, iż przy odpowiednio szerokiej definicji mienia, jaka wynika z ustawodawstwa europejskiego, *prima facie* możliwe jest orzekanie przepadku przedsiębiorstwa przy wykorzystaniu tych instrumentów. Jednak taka kategorycznie postawiona teza wymaga daleko idących badań nad przebiegiem ich praktycznej aplikacji, a nie jedynie lakonicznego stwierdzenia do jakiego ograniczył się projektodawca, uzasadniając wprowadzenie art. 44a do polskiego porządku kodeksowego prawa karnego.

3. Charakter przepadku

W celu oczyszczenia przedpola dla dogmatycznej analizy regulacji art. 44a k.k. kluczową kwestią jest w ocenie autorów próba odpowiedzi na pytanie czym jest przepadek w ogólności. Do materialnoprawnej zmiany charakterystyki przepadku

¹³ Akt dostępny na stronie internetowej: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/contents>, 20.01.2018.

¹⁴ A.H. Ochnio, *Konfiskata rozszerzona w prawie wybranych państw europejskich*, Prok. i Pr. 12/2016, s. 116.

¹⁵ Akt dostępny na stronie internetowej: <http://www.ipsoa.it/codici/cp>, 20.01.2018.

¹⁶ Akt dostępny na stronie internetowej: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>, 20.01.2018.

¹⁷ K. Polit-Langierowicz, *Rozszerzony przepadek korzyści pochodzących z przestępstwa – uwagi do projektu nowelizacji Kodeksu karnego*, Prok. i Pr. 7-8/2008, s. 149.

doszło na skutek wejścia w życie ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz innych niektórych ustaw¹⁸, w wyniku czego wykreślono przepadek z katalogu środków karnych i wraz z obowiązkiem naprawienia szkody lub zadośćuczynieniem za doznaną krzywdę oraz nawiązką umieszczone je w nowo utworzonym rozdziale Va k.k., który został zatytułowany „Przepadek i środki kompensacyjne”. *Ratio legis* tego zabiegu legislacyjnego wynika z uzasadnienia do projektu ustawy nowelizującej, gdzie w odniesieniu do przypadku projektodawca wskazał, iż niemożliwym jest uzasadnienie karnego charakteru przypadku oraz środków kompensacyjnych, gdyż mają one typowo cywilistyczny charakter¹⁹. O ile z tezą tą można się w pełni zgodzić w odniesieniu do środków kompensacyjnych, gdzie obowiązujący k.k. w art. 46 § 1 wprost nakazuje stosowanie przepisów prawa cywilnego, to wydaje się, iż w stosunku do przypadku nie można mówić, iż pozbawiony on jest funkcji penalnych²⁰. Zresztą sama nowelizacja, wchodząca w życie 1 lipca 2015 r., spowodowała daleko idącą niekonsekwencję w klasyfikacji juralnej przypadku²¹. O ile na gruncie prawa karnego powszechnego został on wyłączony z katalogu środków karnych, to na płaszczyźnie prawa karnego skarbowego i prawa wykroczeń pozostał środkiem karnym oraz środkiem zabezpieczającym o administracyjnym charakterze²².

Autorom wydaje się, iż dla uzyskania prawidłowej odpowiedzi w przedmiocie pytania o juralną kwalifikację przypadku konieczna jest jego ocena z perspektywy funkcji, jaką pełni w systemie prawa. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że przepadek realizuje przede wszystkim funkcję prewencyjną²³ i represyjną²⁴. Ogólnoprewencyjna istota przypadku przejawia się w groźbie odebrania sprawcy korzyści z przestępstwa, lub szerzej – jakiegoś fragmentu jego majątku, co ma stanowić skuteczny środek uświadomienia społeczeństwu nieopłacalności wstępowania na przestępczą drogę, gdyż przestępca zostanie pozbawiony wszystkich uzyskanych w drodze popełnienia czynów zabronionych korzyści. Powyższe przekłada się na realizowanie przez przepadek funkcji indywidualno-prewencyjnej, która w tym przypadku

¹⁸ Dz.U. z 2015, poz. 396.

¹⁹ Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny, CzPKiNP 4/2013, s. 56. W uzasadnieniu wskazano, iż nie jest możliwym traktowanie zarówno przypadku, jak i odszkodowania oraz zadośćuczynienia, gdyż te środki mają genetycznie cywilistyczny charakter. O ile nie sposób nie zgodzić się z tym, iż zarówno naprawienie szkody, jak zadośćuczynienie rzeczywiście mają wybitnie cywilistyczny charakter, to jednak próba traktowania przypadku i jego form jako instytucji o zasadniczo cywilistycznym charakterze w ocenie autorów musi zostać uznana za nietrafną.

²⁰ M. Melezini [w:] M. Melezini, *System prawa karnego. Tom 6. Kary i inne środki prawnokarnej reakcji*, Warszawa 2016, s. 484-485.

²¹ J. Raglewski [w:] *Kodeks karny – część ogólna. Komentarz do art. 1-52*, red. A. Zoll, W. Wróbel, Warszawa 2016, s. 836.

²² Na gruncie k.k.s. przepadek ma tym samym dwupostaciowy charakter – na podstawie art. 22 § 2 pkt 2 i 4 oraz art. 47 § 2 pkt 2 orzekany jest jako środek karny, a na podstawie art. 22 § 3 pkt 5 i art. 47 § 4 orzekany jest jako środek zabezpieczający o administracyjnym charakterze.

²³ K. Polit-Langierowicz, *Przepadek korzyści majątkowych pochodzących z przestępstwa – odwrócony ciężar dowodu*, Prok. i Pr. 7-8/2005, s. 217.

²⁴ J. Raglewski [w:] *Kodeks...*, s. 837.

ma dwuaspektowy charakter: z jednej strony ma zniechęcić potencjalnego sprawcę do popełnienia czynu zabronionego ze względu na jego ekonomiczną nieopłacalność oraz w odniesieniu do przypadku przedmiotów służących do popełniania przestępstw ma stanowić skuteczny środek utrudniający lub uniemożliwiający ich potencjalne popełnianie w przyszłości²⁵. Stosowanie przypadku wiąże się bez najmniejszej dozy wątpliwości z wymierzeniem pewnej swoistej sankcji ekonomicznej, co przekłada się na realizowanie funkcji represyjnej. Co więcej – zgodnie z brzmieniem art. 56 k.k. – dyrektywy sądowego wymiaru kary znajdują zastosowanie przy orzekaniu przypadku, co zdaje się przesądza o jego wybitnie represyjnym charakterze²⁶. Mając na względzie powyższe, mimo *de lege lata* zmiany charakterystyki jurydycznej przypadku, ciągle jednak realizuje on funkcje tradycyjnie przypisywane środkom karnym²⁷.

Biorąc pod uwagę wskazane wyżej argumenty natury funkcjonalnej, wartość wskazania jest jeszcze perspektywa konstytucyjna wyznaczająca zakres treściowy pojęcia odpowiedzialności karnej. Na gruncie polskiej ustawy zasadniczej pod pojęciem odpowiedzialności karnej należy rozumieć nie tylko kodeksową odpowiedzialność karną, ale termin ten musi być rozumiany szerzej – chodzi bowiem o każdy przypadek nałożenia na podmiot dopuszczający się bezprawnego i zawinionego działania albo zaniechania sankcji o charakterze represyjnym, które to następuje w wyniku przeprowadzenia właściwego postępowania²⁸. Orzeczenie wobec sprawcy czynu zabronionego lub innej osoby przypadku w jakiejkolwiek formie wiąże się z nałożeniem pewnej dolegliwości o wymiarze ekonomicznym, co bez wątpienia wpisuje się w jego represyjny charakter.

Mając na uwadze wywiedzione wyżej tezy, w ocenie autorów przypadek musi być traktowany jako *sui generis* środek reakcji karnej. Biorąc pod uwagę funkcje jakie pełni, w szczególności jego aspekt represyjny, oraz wynikający z Konstytucji zakres pojęcia odpowiedzialności karnej, orzekane przypadku musi następować przez niezależny i niezawisły sąd w toku postępowania karnego. Tylko patrzenie na przypadek z perspektywy reguł gwarancyjnych prawa i procesu karnego może zapewnić najdalej idącą ochronę praw i wolności jednostki, wobec której ma zostać on zaaplikowany²⁹.

4. Analiza jurydyczna art. 44a § 1 k.k.

4.1. Uwagi ogólne

Możliwość orzekania fakultatywnego przypadku przedsiębiorstwa uzależniona jest – zgodnie z literalnym brzmieniem przepisu – od uprzedniego skazania sprawcy, będącego właścicielem podlegającego przypadkowi przedsiębiorstwa, za popełnienie przestępstwa, z którego osiągnął on chociażby pośrednio korzyść majątkową znacznej

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ J. Raglewski [w:] M. Melezini, *System prawa karnego. Tom 6...*, s. 790–791.

²⁷ M. Melezini, *op.cit.*, s. 483–484.

²⁸ Wyrok TK z dnia 29 czerwca 2005 r., SK 34/04, Legalis nr 69110; T. Sroka, *Realizacja zasady określoności czynu zabronionego z art. 42 ust. 1 konstytucji na gruncie odpowiedzialności dyscyplinarnej*, *Forum Prawnicze* 6/2013, s. 6.

²⁹ M. Błaszczuk, *Przypadek w polskim prawie karnym skarbowym*, Warszawa 2016, s. 33.

wartości, a przedmiotowe przedsiębiorstwo służyło do popełnienia tego przestępstwa lub ukrycia osiągniętej z niego korzyści.

Alternatywą dla tak ukształtowanego środka jest orzeczenie przepadku równowartości tego przedsiębiorstwa. Ustawodawca nie określił jednak przesłanek orzekania przepadku równowartości przedsiębiorstwa, pozostawiając tę kwestię uznaniu sądu. Biorąc jednak pod uwagę *ratio legis* wprowadzenia tej instytucji, w pierwszej kolejności należy orzekać przepadek przedsiębiorstwa, a dopiero w razie niemożności jego orzeczenia zastosować alternatywną możliwość³⁰. Co więcej, możliwość orzekania przepadku równowartości przedsiębiorstwa może nastęrczać wielu problemów z jego właściwą wyceną, gdyż na jego rynkową wartość nie składa się jedynie bilans aktywów i pasywów, ale także potencjał materialny, renoma i klientela³¹.

4.2. Podmiotowe granice orzekania przepadku przedsiębiorstwa

Orzeczenie przepadku przedsiębiorstwa zostało mocno zawężone od strony podmiotu – biorąc pod uwagę, iż środek ten można stosować jedynie w przypadku uprzedniego skazania wyrokiem skazującym³² sprawcy będącego jednocześnie jego właścicielem, należy stwierdzić, że środek dotyczy jedynie przedsiębiorstw stanowiących własność osoby fizycznej³³. Nie jest zatem możliwe orzeczenie przepadku przedsiębiorstwa należącego do osoby prawnej lub innego, konwencjonalnego podmiotu zbiorowego. Zabieg ten jest o tyle słuszny, iż zgodnie z zasadą indywidualizacji odpowiedzialności karnej potencjalne stosowanie tej prawnokarnej instytucji rodziłoby wiele trudności w zakresie wskazania właściwego i odpowiedzialnego ośrodka decyzyjnego³⁴.

Zgodnie z treścią art. 44a § 3 k.k. możliwe jest orzeczenie przepadku przedsiębiorstwa w razie współwłasności. W takim przypadku środek ten orzeka się z uwzględnieniem woli i świadomości każdego ze współwłaścicieli. Odwołanie się do konstrukcji intelektualno-woluntatywnych sprowadza możliwość orzekania przepadku znajdującego się we współwłasności przedsiębiorstwa do kategorii w zasadzie tożsamy z znamionami strony podmiotowej³⁵. Wobec tak ukształtowanego podejścia do możliwości orzekania przepadku względem współwłaściciela przedsiębiorstwa konieczne będzie procesowe wykazanie uświadamiania sobie przez niego przestępnych zachowań podejmowanych z wykorzystaniem przedsiębiorstwa przez drugiego współwłaściciela i co najmniej godzenia się na nie³⁶. Takie ukształtowanie warunków orzekania prze-

³⁰ Uzasadnienie projektu..., s. 4–5.

³¹ E. Gniewek [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 130.

³² Zgodnie z art. 413 § 2 k.p.k. jest to wyrok zawierający przypisanie sprawcy odpowiedzialności za konkretny typ czynu zabronionego oraz zawierający rozstrzygnięcie co do kary i środków karnych. Wyrokiem skazującym jest również wyrok, w którym sąd odstępuje od wymierzenia kary. Wyrok warunkowo umarzający postępowanie karne nie jest wyrokiem skazującym – tak SN w wyroku z dnia 3 października 2008 r., III KK 167/08, Legalis nr 120844.

³³ R.A. Stefański [w:] R.A. Stefański, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 308.

³⁴ D. Szeleszczuk, *Przepadek przedsiębiorstwa (art. 44a k.k.)*, Prok. i Pr. 12/2017, s. 50.

³⁵ K. Szczucki, *op.cit.*

³⁶ A. Zoll, W. Wróbel, *Polskie prawo karne*, Kraków 2013, s. 212.

padku przedsiębiorstwa znajdującego się we współwłasności stanowi swoiste *novum* i jest rozwiązaniem całkowicie odmiennym od dotychczasowego podejścia do orzekania przypadku w zakresie objętych współwłasnością narzędzi służących do popełniania przestępstw. Obowiązująca ustawa karna w art. 44 § 7 wskazuje jednoznacznie, iż w razie współwłasności *instrumenta sceleris* orzeka się przepadek udziału należącego do sprawcy lub jego równowartość.

W ocenie autorów uzależnienie możliwości orzekania przypadku przedsiębiorstwa znajdującego się we współwłasności od swoistego badania nastawienia psychicznego i świadomości jednego ze współwłaścicieli jest rozwiązaniem niezasługującym na aprobatę. O wiele bardziej przejrzystym, dającym się uzasadnić zarówno z perspektywy karnistycznej jak i cywilistycznej, jest rozwiązanie polegające na przypadku określonego udziału przysługującemu współwłaścicielowi – sprawcy przestępstwa. Zaproponowane w treści art. 44a § 3 k.k. rozwiązanie może bowiem stanowić pole do daleko idących nadużyć.

Kolejny problem związany z fazą aplikacji nowych uregulowań rodzi sytuacja, w której jedna osoba fizyczna sprawuje funkcje właścicielskie w odniesieniu do większej liczby przedsiębiorstw – w obliczu takiego stanu faktycznego konieczne będzie wykazanie tego konkretnego przedsiębiorstwa, z którego funkcjonowaniem pozostaje w związku przestępstwo umożliwiające orzeczenie przypadku. Biorąc pod uwagę postępujące procesy globalizacji w prowadzeniu działalności gospodarczej, zabieg ten może być niezwykle trudny do przeprowadzenia.

4.3. Przedsiębiorstwo jako przedmiot przypadku

Terminowi „przedsiębiorstwo” nie zostało nadane legalne znaczenie w obowiązującej treści ustawy karnej, co więcej jest on dla polskiego ustawodawstwa karnego genetycznie obcym i zupełnym *novum*. Mające walor wykładni autentycznej³⁷ uzasadnienie projektu wskazuje, iż terminowi „przedsiębiorstwo” należy nadawać znaczenie zgodne z tym, jakie przyjęto na gruncie art. 55¹ k.c.³⁸ W ocenie autorów jest to zabieg słuszny i zgodny z utrwalonym w orzecznictwie poglądem wskazującym, iż kodeksowo zdefiniowane pojęcia należy traktować jako wzorcowe, wobec czego cechujące się wzruszalnym domniemaniem, iż inne ustawy nadają im takie same znaczenie³⁹.

Zgodnie z dyspozycją art. 55¹ k.c., przedsiębiorstwo jest zorganizowanym zespołem składników niematerialnych i materialnych przeznaczonych do prowadzenia działalności gospodarczej. Przepisy k.c. wskazują przykładowe wyliczenie elementów składających się na strukturę przedsiębiorstwa – bez wątpienia musi być ono jednak traktowane jako pewna całość obejmująca różnorodne składniki, stanowiąc samoistnie występujące w obrocie dobro prawne o charakterze majątkowym⁴⁰. Należy zgodzić się ze zdaniem E. Gniewka, który wskazał, iż termin „własność przedsiębiorstwa” obrazuje przysługujące przedsiębiorcy prawo podmiotowe do tegoż

³⁷ L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2011, s. 137.

³⁸ Uzasadnienie projektu..., s. 16.

³⁹ Wyrok TK z dnia 18 października 1994 r., K2/94, OTK ZU 1994, poz. 36; S. Wronkowska, M. Zieliński, *Komentarz do zasad techniki prawodawczej z dnia 20 czerwca 2002 r.*, Warszawa 2012, s. 149.

⁴⁰ E. Gniewek, *op.cit.*, s. 129–130.

przedsiębiorstwa, na które składa się wiązka uprawnień właścicielskich do każdego elementu stanowiącego część struktury przedsiębiorstwa⁴¹. Mając tak ukształtowaną definicję przedsiębiorstwa należy stwierdzić, iż na gruncie art. 44a k.k. przepadkowi podlega właśnie to prawo podmiotowe przysługujące właścicielowi, będącemu osobą fizyczną, na które składa się całokształt uprawnień przysługujących wobec poszczególnych składników przedsiębiorstwa. W tym aspekcie jedyne funkcje limitujące spełnia art. 189a k.k.w., który wskazuje, iż przepadek nie obejmuje z mocy prawa jedynie nazwy i firmy przedsiębiorstwa oraz wchodzących w jego skład autorskich praw osobistych. Poza wskazanymi w przywołanej regulacji k.k.w. elementami, przepadkowi podlegają wszystkie składniki przedsiębiorstwa, bez względu na ich instytucjonalne zaangażowanie w popełnienie czynu zabronionego lub ukrycie osiągniętej korzyści majątkowej.

Tym samym przedmiotem przepadku nie może być ani filia, ani oddział przedsiębiorstwa – wtedy możliwe będzie orzeczenie przepadku całości przedsiębiorstwa, chyba, że zastosowanie znajdzie § 4 art. 44a k.k., w myśl którego tej formy przepadku nie orzeka się jeżeli byłoby to niewspółmierne do wagi popełnionego przestępstwa⁴². W innym przypadku konieczność orzeczenia przepadku całości przedsiębiorstwa w sytuacji, w której działania przestępne podejmowane były jedynie przez oddział lub też filie, stałoby w oczywistym konflikcie z wyrażoną w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP zasadą proporcjonalności z powodu nadmiernej intensyfikacji dolegliwości⁴³.

Niezwykle istotnym problemem jest również ingerencja sądu karnego w decyzje administracyjne. W treści art. 55¹ pkt 5 k.c. wskazano bowiem, iż składnikami przedsiębiorstwa są koncesje, licencje i zezwolenia, których najczęstszą drogą uzyskania jest właśnie decyzja administracyjna⁴⁴. Na zagadnienie to zwracał uwagę w swoim piśmie RPO, który wskazał, że ani w obowiązującym k.p.k., ani k.k.w. brak jest regulacji odnoszących się do wykonania wyroku orzekającego przepadek w stosunku do uprawnienia wynikającego z decyzji administracyjnej⁴⁵. Rozwiązaniem tej sytuacji mogłaby być odpowiednia aktywność procesowa prokuratora w oparciu o art. 182 k.p.a., zmierzająca do wznowienia przedmiotowego postępowania lub stwierdzenia nieważności decyzji lub jej uchylania, jednak w ustawie regulującej przebieg postępowania administracyjnego brak jest relewantnej ustawowej podstawy do uruchomienia właściwego trybu nadzwyczajnego. W ocenie autorów te luki prawne muszą doczekać się odpowiedniej interwencji ustawodawczej, w przeciwnym razie orzekanie przepadku wskazanych składników przedsiębiorstwa nie będzie możliwe do wykonania.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Przy dokonywaniu oceny, czy orzeczenie przepadku przedsiębiorstwa jest współmierne, z pomocą przychodzi porównanie wartości korzyści uzyskanej z popełnienia przestępstwa z wartością przedmiotu przepadku – szerzej: J. Raglewski [w:] *Kodeks...*, s. 850–851.

⁴³ M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017, s. 429.

⁴⁴ D. Szeleszczuk, *Przepadek...*, s. 49.

⁴⁵ Stanowisko RPO dostępne pod adresem: <https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Do%20MS%20w%20sprawie%20rozszerzonej%20konfiskaty.pdf>, 21.01.2018.

Wartym rozważania jest postulat ograniczania możliwości orzekania przypadku przedsiębiorstwa *in toto* do tych jedynie jego składników, które faktycznie wykorzystane były do działalności przestępczej sprawcy⁴⁶. Oczywiście takie swoiste rozdrobnienie przypadku implikowałoby konieczność skrupulatnego ustalania poszczególnych składników wykorzystywanych w przestępczej działalności, jednak byłoby działaniem uzasadnionym z punktu widzenia ograniczania dolegliwości stosowania represji karnej w myśl konstytucyjnej zasady proporcjonalności.

4.4. Przedsiębiorstwo jako *instrumenta sceleris*

Przepadek przedsiębiorstwa uwarunkowany jest jego przestępnym wykorzystaniem, które może przybrać dwa warianty:

- przedsiębiorstwo ma służyć do popełnienia przestępstwa,
- przedsiębiorstwo ma służyć ukryciu korzyści pochodzących z popełnienia przestępstwa.

Przestępne wykorzystanie przedsiębiorstwa, o którym mowa w art. 44a § 1 k.k., może polegać na sekwencyjnym wykorzystaniu go do popełnienia przestępstwa i późniejszego ukrycia korzyści z niego uzyskanych.

Zgodnie z literalnym brzmieniem przepisu art. 44a § 1 k.k., obejmowane przypadkiem przedsiębiorstwo ma służyć do popełnienia przestępstwa. Słownikowo termin „służyć” oznacza „działanie w interesie czegoś”, „bycie używanym/użytecznym”⁴⁷. Rezultat zabiegów interpretacyjnych opartych na regułach wykładni językowej⁴⁸ podkreśla utylitarny charakter, jaki pełni przedsiębiorstwo wobec popełnienia przestępstw. Narzędzie użyteczne do popełnienia przestępstwa musi posiadać cechy ułatwiające popełnienie konkretnego czynu zabronionego ze względu na posiadane fizyczne lub konwencjonalne właściwości⁴⁹. Podobne tę kwestię rozstrzyga SN, wskazując, iż ustawodawca posługując się terminem „przedmiot służący do popełnienia przestępstwa” ma na myśli każdą rzecz, niekoniecznie wytworzoną w tym celu, która co najmniej ułatwia sprawcy realizację konkretnego typu czynu zabronionego albo jego poszczególnych stadiów⁵⁰. Zgodnie z powyższym, w perspektywie art. 44a § 1 k.k., przypadkiem mogą być objęte jedynie te przedsiębiorstwa, które dzięki posiadanej konwencjonalnej infrastrukturze umożliwiły sprawcy dokonanie przestępstwa. Stanowisko to zostało w pełni przedstawione na kartach uzasadnienia projektu. Legislacyjny zabieg polegający na konieczności wykazania funkcjonalnego związku pomiędzy przestępstwem a przedsiębiorstwem należy oceniać pozytywnie. Przede wszystkim może chodzić o sytuację wykorzystywania przedsiębiorstw do wysta-

⁴⁶ D. Szeleszczuk, *Przepadek...*, s. 48.

⁴⁷ *Internetowy Słownik Języka Polskiego PWN*, <https://sjp.pwn.pl/szukaj/u%C5%BCywa%C4%87.html>, 21.01.2018.

⁴⁸ L. Morawski, *op.cit.*, s. 142–146.

⁴⁹ Z. Cwiąkański [w:] G. Bogdan, K. Buchała, Z. Cwiąkański, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, M. Rodzynkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom 3*, Kraków 1999, s. 564.

⁵⁰ Wyrok SN z dnia 11 kwietnia 1984 r., RNd 4/84, Legalis nr 24176.

wiania nierzetelnych, fikcyjnych faktur, które następnie mają być wykorzystywane do uzyskiwania nienależnego zwrotu odpowiednich należności publicznoprawnych⁵¹.

W alternatywnym układzie faktycznym, jaki został przewidziany art. 44 § 2 k.k., przedmiotowe przedsiębiorstwo ma służyć ukryciu korzyści pochodzącej z przestępstwa. Ustawodawcy nie chodzi tu tylko o fizyczną możliwość ukrycia korzyści⁵², lecz przede wszystkim o zachowania noszące znamiona prania pieniędzy. Infrastruktura przedsiębiorstwa ma być tak wykorzystywana, aby przy pomocy zabiegów księgowych, finansowych i dokumentacyjnych przedstawić pochodzącą z przestępstwa korzyść majątkową jako dochód przedsiębiorstwa lub w inny sposób ukryć prawdziwe pochodzenie środków. Autorzy stoją na stanowisku, iż ukryciem korzyści pochodzących z przestępstwa przy wykorzystaniu przedsiębiorstwa jest także jego zakup za uprzednie nielegalnie uzyskane przysporzenie majątkowe. W takim przypadku również będzie można orzec przepadek tak nabytego przedsiębiorstwa w oparciu o omawiany przepis.

Należy wskazać, iż podlegające przypadkowi przedsiębiorstwo nie musiało być powołane w celu wykorzystania do realizacji przestępnych zamiarów właściciela. Wystarczającym dla zastosowania uregulowania z art. 44a § 1 k.k. jest jedynie jego incydentalne wykorzystanie do popełnienia lub ukrycia korzyści pochodzących z przestępstwa⁵³.

4.5. Przestępstwo jako źródło uzyskania znacznej korzyści majątkowej

Warunkiem orzeczenia przypadku przedsiębiorstwa jest popełnienie czynu zabronionego, z którego sprawca uzyskał chociażby pośrednio korzyść majątkową. Tym samym ustawodawca odszedł od racji, jakie przyświecały mu podczas prac parlamentarnych – w uzasadnieniu do projektu wprowadzającego omawianą regulację wskazano, iż środek ten ma służyć zwalczaniu poważnej przestępczości gospodarczej⁵⁴, natomiast juredyczne ukształtowanie możliwości orzeczenia przypadku przedsiębiorstwa zostało ukształtowane w oparciu o uprzednie skazanie za przestępstwo, z którego sprawca osiągnąłby chociażby pośrednio odpowiednio wysoką korzyść majątkową. Ustawodawca zrezygnował więc z enumeratywnego wskazania przestępstw lub ich zgrupowanych typów, za które można orzekać środek z art. 44a § 1 k.k., na rzecz ogólnego posłużenia się klauzulą uzyskania z przestępstwa znacznej korzyści majątkowej. Orzeczenie przypadku przedsiębiorstwa możliwe jest więc za każde przestępstwo zawierające odpowiednie kwantum przysporzenia ekonomicznego po stronie sprawcy⁵⁵. Co więcej, przestępstwo stanowiące podstawę dla orzekania przypadku przedsiębiorstwa musi być stwierdzone prawomocnym wyrokiem skazującym i cechować się umyślnością⁵⁶.

Pojęcie „znacznej korzyści majątkowej” jest pojęciem głęboko zakorzenionym w obowiązującej ustawie karnej. Dla właściwego zrekonstruowania jego

⁵¹ J. Duży, *Zorganizowana przestępczość podatkowa w Polsce. Zwalczanie przestępnego nadużywania mechanizmów podatków VAT i Akcyzowego*, Warszawa 2013, s. 43–49.

⁵² D. Szeleszczuk [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 440–441.

⁵³ K. Szczucki, *op.cit.*

⁵⁴ Uzasadnienie projektu..., s. 4.

⁵⁵ R.A. Stefański, *op.cit.*, s. 307.

⁵⁶ J. Raglewski [w:] M. Melezini, *System...*, s. 827–828.

semantycznego znaczenia należy sięgnąć do definicji legalnych zawartych w art. 115 § 4 i § 5 k.k. Na gruncie obowiązującej ustawy karnej przez pojęcie korzyści majątkowej należy rozumieć uzyskane pieniądze, przedmioty, usługi, prawa majątkowe, zwolnienia i umorzenia długów, a także zrzeczenie się roszczeń – jest nią każde nieprzysługujące sprawcy⁵⁷ przysporzenie majątkowe uzyskane dla siebie lub innej osoby w wyniku popełnienia przestępstwa⁵⁸. Korzyść majątkowa cechuje się „znacznością” jeżeli w czasie popełnienia czynu zabronionego przedstawia wartość mienia przekraczająca 200 000 zł. Przy obliczaniu wysokości uzyskanej z faktu popełnienia przestępstwa korzyści majątkowej należy mieć na względzie zasadę *nemo potest commodum capere de iniuria sua propria*, która implikuje obowiązek zaliczenia na poczet korzyści uzyskanych z przestępstwa także pożytków z rzeczy lub praw, które ją stanowią⁵⁹.

Odpowiednio wysoka korzyść majątkowa ma pochodzić bezpośrednio lub pośrednio z przestępstwa. Korzyść majątkowa pochodzi bezpośrednio z przestępstwa jeżeli jest kauzalnie związana z faktem popełnienia przestępstwa. O pośrednim pochodzeniu korzyści majątkowej można mówić w sytuacji, w której jej uzyskanie jest następstwem czynności prawnych faktycznie związanych z działalnością przestępną⁶⁰. Dla zobrazowania należy wskazać, iż korzyścią pośrednio pochodzącą z przestępstwa są wszystkie operacje dokonane na nielegalnie uzyskanych wartościach materialnych, przynoszące dalszy zysk⁶¹. Bez znaczenia jest liczba i charakter pośrednich operacji dokonywanych przy wykorzystaniu uzyskanego w przestępny sposób mienia – liczy się jedynie jego ekonomiczny wzrost.

5. Przepadek przedsiębiorstwa należącego do osoby trzeciej

Kolejną możliwość orzeczenia przepadku przedsiębiorstwa otwiera regulacja art. 44a § 2 k.k. Wskazany przepis modyfikuje podstawowy typ przepadku przedsiębiorstwa w następujący sposób: możliwe jest orzeczenie przepadku przedsiębiorstwa nienależącego do sprawcy jeżeli jego właściciel chciał, aby przedsiębiorstwo to służyło do popełnienia czynu zabronionego przynoszącego sprawcy znaczną korzyść majątkową lub służyło do jej ukrycia, albo – przewidując taką możliwość – na to się godził. Zgodnie z *ratio legis* wprowadzona zmiana ma umożliwić skuteczniejsze zapobieganie przestępczości gospodarczej wykorzystującej „łańcuchy” powiązanych ze sobą przedsiębiorstw należących do różnych właścicieli, ale faktycznie kontrolowanych przez sprawcę⁶².

⁵⁷ Uchwała SN z dnia 30 stycznia 1980 r., VII KZP 41/78.

⁵⁸ J. Majewski [w:] A. Zoll, W. Wróbel, *Kodeks karny – część ogólna. Komentarz do art. 53–116*, Warszawa 2016, s. 968–973.

⁵⁹ J. Raglewski [w:] A. Zoll, W. Wróbel, *Kodeks...*, s. 870.

⁶⁰ J. Waryński, *O korzyści majątkowej w prawie karnym (próba klasyfikacji)*, PiP 1/1981, s. 66.

⁶¹ D. Bunikowski posługuje się przykładem zysku z oprocentowania lokaty bankowej środków pochodzących z popełnienia czynu zabronionego – D. Bunikowski, *Przepadek korzyści majątkowych pochodzących z popełnienia przestępstwa jako środek karny*, Prok. i Pr. 5/2008, s. 64.

⁶² Uzasadnienie projektu..., s. 16–17.

W założeniu tak skonstruowany środek będzie również stosowany w przypadku ukrywania uzyskanych z przestępstwa co najmniej znacznych korzyści majątkowych przy wykorzystaniu przedsiębiorstw nienależących do sprawcy – w tym przypadku może chodzić zarówno o wszelkie wykorzystanie infrastruktury przedsiębiorstwa, jak i jego faktyczny zakup.

Próba oceny art. 44a § 2 k.k. z perspektywy unijnych regulacji rodzi jednak wątpliwości. Wspominana wyżej Dyrektywa 2014/42/UE określa dwa rodzaje sankcji: konfiskatę przestępcie uzyskanych korzyści oraz konfiskatę narzędzi służących do popełnienia przestępstwa. O ile w stosunku do sprawców przestępstw można, na gruncie art. 4 i 5 regulacji, orzekać łącznie te dwie sankcje, to odpowiedzialność osoby trzeciej, zgodnie z art. 6, powinna ograniczać się do konfiskaty korzyści przekazanej jej przez sprawcę. Omawiany art. 44a § 2 k.k. dotyczy jednak narzędzi służących popełnianiu przestępstw lub ukrywaniu korzyści i dlatego wyrażone w uzasadnieniu do projektu twierdzenia⁶³, iż *ratio legis* jego wprowadzenia wynika z regulacji unijnych, należy uznać za *in extenso* nie trafne.

Przepadek przedsiębiorstwa stanowiącego własność osoby trzeciej możliwy jest przy spełnieniu wszystkich warunków orzeczenia przepadku przedsiębiorstwa będącego własnością sprawcy, a dodanym elementem jurekcyjnej konstrukcji tego środka jest intelektualno-woluntatywne nastawienie osoby trzeciej do ucytarnego wykorzystywania jego przedsiębiorstwa. Mając w perspektywie, iż większość elementów składających się na jurekcyjną konstrukcję przepadku przedsiębiorstwa została omówiona wyżej, na tym etapie autorzy ograniczają się jedynie do omówienia swoistego „testu zamiaru”⁶⁴, jaki należy przeprowadzić wobec niebędącego sprawcą przestępstwa właściciela zagrożonego przepadkiem przedsiębiorstwa.

Na gruncie polskiego ustawodawstwa karnego konstrukcja dopuszczająca przepadek rzeczy stanowiącej własność osoby trzeciej w oparciu o istniejącą u niej świadomość funkcjonuje na mocy art. 31 § 1a k.k.s. Regulacja ta spotkała się jednak z krytyką doktryny⁶⁵. Na problem w fazie jej praktycznej aplikacji zwracały uwagę również organy stosujące prawo⁶⁶.

Jakkolwiek zbliżona do regulacji z art. 31 § 1a k.k.s., konstrukcja dopuszczająca orzeczenie przepadku przedsiębiorstwa nienależącego do sprawcy dla opisu warunku umożliwiającego zastosowanie tego środka posługuje się zawartym w art. 9 § 1 k.k. opisem znamion strony podmiotowej charakteryzującej umyślność, a w zasadzie dwoma jego postaciami. Wobec tego dla możliwości skutecznego zastosowania art. 44a § 2 k.k. oskarżyciel będzie zobowiązany do wykazania, iż po stronie właściciela przestępcie wykorzystywanego przedsiębiorstwa na płaszczyźnie woluntatywnej występuje co najmniej zgoda albo chęć takiego wykorzystania jego własności, a po stronie intelektualnej

⁶³ *Ibidem*, s. 1.

⁶⁴ *Ibidem*, s. 17–18.

⁶⁵ M. Błaszczuk, *op.cit.*, s. 148–150; G. Łabuda [w:] P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 413–412.

⁶⁶ Pismo zawierające uwagi SA w Krakowie dostępne pod adresem: <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12285851/12354958/12354961/dokument223967.pdf>, 22.01.2018.

świadomość utylitarne go wykorzystywania przedsiębiorstwa⁶⁷. Brak któregośkolwiek ze wskazanych elementów lub niemożność ich wykazania przed sądem wyklucza zastosowanie omawianej instytucji. Jest to konstrukcja niezwykle osobliwa i niespotykana dotychczas w prawie karnym – jej nowatorstwo przejawia się w konieczności badania aspektu intelektualno-woluntatywnego właściciela przedsiębiorstwa względem stanów faktycznych, w których nie uczestniczy. Nie można bowiem w analizowanej, modelowej sprawie traktować właściciela podlegającego przypadkowi przedsiębiorstwa jako współsprawcy ani jako pomocnika⁶⁸ – a to rodzi kolejny problem natury konstytucyjnej.

Mając na względzie fakt, iż orzeczenie przypadku jest swoistą formą odpowiedzialności karnej, to na gruncie art. 42 ust. 1 Konstytucji RP podlegać jej może tylko ten, kto dopuścił się czynu zabronionego. Karnoprawnie wartościowane zachowanie musi być zmanifestowane zewnętrznie, natomiast orzekanie przypadku przedsiębiorstwa wobec osoby, która w żaden sposób nie spełniła tzw. warunku zewnętrzności, a jedynie cechowała się odpowiednim nastawieniem intelektualno-woluntatywnym, musi być negatywnie oceniane z punktu widzenia konstytucyjnych podstaw odpowiedzialności karnej⁶⁹.

Kolejny problem natury konstytucyjnej rodzi samo ukształtowanie warunku orzeczenia przypadku przedsiębiorstwa jedynie w oparciu o znamiona kodeksowo rozumianej umyślności. Standard orzekania przypadku niestanowiących własności sprawcy narzędzi służących do popełnienia przestępstwa wynika z orzecznictwa TK, który wskazał, iż takie działanie podjęte wobec osoby trzeciej, która nie przyczynia się do popełnienia czynu zabronionego ani nie może jemu zapobiec, nie ma skutku prewencyjnego, a pozbawienie środka prowadzenia działalności gospodarczej jest nieproporcjonalne do ciężaru nałożonego na właściciela⁷⁰. Również w wyroku z dnia 28 października 2015 r. TK wyakcentował, odwołując się do wcześniej przytoczonego wyroku, iż w demokratycznym państwie prawnym nie można dopuszczać do sytuacji, w której ukarany zostaje podmiot, któremu nie udowodniono jakiegokolwiek udziału w przestępstwie⁷¹. Mając na uwadze wskazane przedmiotowe stanowiska polskiego sądu konstytucyjnego należy podkreślić, iż decydujący o zastosowaniu omawianej instytucji sąd powszechny, oprócz intersubiektywnego przekonania o istnieniu jej konstrukcyjnych elementów, będzie musiał zważyć w oparciu o wskazane wytyczne TK, czy orzeczenie środka przypadku przedsiębiorstwa nienależącego do sprawcy nie narusza konstytucyjnej zasady proporcjonalności⁷².

⁶⁷ A. Zoll, W. Wróbel, *op.cit.*, s. 211–216.

⁶⁸ W ocenie autorów nie można mówić o współsprawstwie ze względu na brak konstytutywnego elementu porozumienia. Pomocnictwo wyklucza brak świadomości ułatwienia realizacji konkretnych znamion czynu zabronionego. Oczywiście możliwe do wyobrażenia są takie stany faktyczne, w których właściciel przedsiębiorstwa będzie odpowiadał jak sprawca albo pomocnik, jednak nie są to sytuacje modelowe.

⁶⁹ Ł. Pohl, *O ujęciu przypadku składników i praw majątkowych przedsiębiorstwa w projektowanym art. 44a §1 kodeksu karnego*, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego 43/2017, s. 479.

⁷⁰ Wyrok TK z dnia 29 czerwca 2005 r., SK 34/04, Legalis nr 69110.

⁷¹ Wyrok TK z dnia 28 października 2015 r., SK 59/13, Legalis nr 1359852.

⁷² J. Raglewski, *Znaczenie zasady proporcjonalności w wyznaczaniu modelu normatywnego prawnokarnej regulacji przypadku* [w:] T. Dukiet-Nagórska, *Zasada proporcjonalności w prawie karnym*, Warszawa 2010, s. 391.

6. Podsumowanie

Jakkolwiek wprowadzone do polskiego porządku prawa karnego formy przepadku, obejmujące swoim zakresem przedsiębiorstwo lub jego zorganizowaną część, mogą przyczynić się do zwiększenia efektywności zwalczania przestępczości gospodarczej i skarbowej, to faza ich praktycznej aplikacji może być utrudniona ze względu na ich jurydyczny kształt. Szereg interpretacyjnych wątpliwości został przedstawiony w niniejszym opracowaniu, jednak autorzy są świadomi, iż ten tekst nie rozwiązuje wszystkich problemów, jakie mogą ujawnić się na etapie ich stosowania. Zagadnieniem otwartym jest odpowiedź na pytanie, czy wszystkie jurydyczne przeszkody związane z konstrukcją środka z art. 44a § 2 k.k. w ogóle są do przewyciężenia. Za niewątpliwie pozytywne należy uznać regulacje art. 44a § 4, § 5 i § 6 k.k. – zawierają one swoiste klauzule wyłączające stosowanie omawianych instytucji ze względu na ich niewspółmierność albo nadmierną dolegliwość. Również z aprobatą należy się odnieść do fakultatywności orzekania tych środków, pozostają one bowiem zawsze w dyspozycji niezależnego i niezawisłego sądu.

Kolejnym problemem jest kwestia wykonywania zabezpieczenia majątkowego na zagrożonym przepadkiem przedsiębiorstwie. Dyrektywa 2014/42/UE nakłada na państwa członkowskie obowiązek efektywnego ekonomicznie zarządzania zabezpieczonym mieniem. Procesowe oprządkowanie przepadku przedsiębiorstwa zostało opisane w art. 292a k.p.k., w myśl tego przepisu zarządca zabezpieczonym mieniem w przedmiotowej postaci ma wyznaczony, w zależności od stadium postępowania przez prokuratora albo sąd, zarządca przymusowy legitymujący się licencją doradcy restrukturyzacyjnego. Oprócz zarządu związanego z prowadzeniem bieżących spraw tego przedsiębiorstwa, zarządca przymusowy zobowiązany jest – na mocy art. 292a § 8 k.p.k. – do zabezpieczania i przekazywania właściwym organom procesowym dowodów oraz informacji świadczących o przestępnym wykorzystywaniu przedsiębiorstwa. Biorąc pod uwagę podwójną, menadżersko-śledczą rolę zarządcy przymusowego, takie rozwiązanie nie może zasługiwać na aprobatę. Oczywiście wydaje się również, że wprowadzenie do przedsiębiorstwa zarządcy przymusowego spowoduje wśród jego kontrahentów swoisty „efekt mrozący”, co prowadzić może do utraty jego wartości lub nawet upadłości, co w perspektywie potencjalnego uniewinnienia sprawcy będzie implikowało odpowiedzialność odszkodowawczą Skarbu Państwa.

Kolejną i ostatnią grupą wątpliwości są te natury konstytucyjnej, związane z zasadą proporcjonalności. Zasadnie w swoim piśmie podnosi RPO, iż omawiane rozwiązania mogą stać w sprzeczności z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP⁷³. Ciężko jest dokonywać testu proporcjonalności *in abstracto*, jednak wydaje się, że instytucje przepadku przedsiębiorstwa mogą nakładać zbyt wielki ciężar dolegliwości – czyli naruszać warunek proporcjonalności *sensu stricto* oraz poprzez naruszenie wynikającego z Dyrektywy 2014/42/UE standardu orzekania przepadku narzędzi służących do popełnienia czynu zabronionego jedynie w stosunku do sprawców przestępstwa – co z kolei narusza

⁷³ Stanowisko RPO..., s. 7.

warunek niezbędności omawianego środka⁷⁴. Tylko traktowanie omawianych normatywnych instytucji jako należących do prawa karnego może zagwarantować jednostce pełną ochronę przysługujących jej praw i wolności gwarantowanych przez obowiązującą ustawę zasadniczą oraz wiążące Rzeczpospolitą umowy międzynarodowe.

Koniecznym jest podkreślenie, iż autorzy nie kwestionują konieczności skuteczniejszego zwalczania przestępczości gospodarczej, a uchwalone zmiany mogą zdać test praktycznej aplikacji, jednakowoż w ich ocenie stosowanie tych środków musi być poprzedzone szeregiem czynności je uzasadniających, a przede wszystkim musi być proporcjonalne do stwierdzonych nadużyć. Inaczej – zamiast pozytywnego efektu wzmocnienia legalnie działających podmiotów gospodarczych – nastąpi ich całkowity paraliż.

* * *

Forfeiture of a Company as a New Measure of Penal Reaction

Forfeiture of a company is a new measure of penal reaction, which – in legislator's intention – will be useful to suppress organized economic and fiscal crime. Innovation in this penal measure consists in an unprecedented acquisition of property elements, which can be forfeited. Assessment and interpretation of juridical premises of adjudicating company's forfeiture has been made in this study. For showing a wider perspective of functioning of this new regulation similar legal solutions, which are in force in Germany, United Kingdom and in Italy, have been discussed necessarily. The authors also assess characteristics of forfeiture in general. Moreover, this article explores constitutional aspects of forfeiture of a company and some practical doubts, which can be disclosed during application process.

Key words: forfeiture, forfeiture of a company, suppression of crime, fiscal crime, white-collar crime, economic crime

⁷⁴ J. Bojke, *Rola zasady proporcjonalności w wykładni przepisów prawa karnego materialnego*, IPP TBSP UJ 1/2015, s. 108.

Maria Zadora, Maciej Oczkowski¹

O specyfice umownego prawa pierwszeństwa nabycia udziałów lub akcji w spółkach kapitałowych

Streszczenie:

Prawo pierwszeństwa jest dopuszczalnym instrumentem ograniczającym możliwość rozporządzania prawami udziałowymi w spółkach kapitałowych. Z powodu braku szczegółowej regulacji stwarza wiele problemów teoretycznych i praktycznych. Dominująca w polskich sądach linia orzecznicza skłania się ku kwalifikacji prawnej tej instytucji jako zbliżonej do pierwokupu, nakazując odpowiednie stosowanie przepisów Kodeksu cywilnego. Według przeciwników takiego poglądu, pierwszeństwo jest całkowicie autonomicznym instrumentem, który powinien być traktowany zupełnie rozłącznie względem pierwokupu, a odmienna interpretacja będzie wypaczać jego społeczno-gospodarczą funkcję. Szczególnie doniosłe są ewentualne skutki naruszeń omawianego uprawnienia, a możliwość ich wywodzenia jest zależna od przyjętej koncepcji charakteru prawa pierwszeństwa.

Słowa kluczowe: prawo pierwszeństwa, prawo pierwokupu, spółki, udziały, akcje

1. Pojęcie prawa pierwszeństwa

Praktyka obrotu gospodarczego oraz potrzeby przedsiębiorców wytworzyły różne mechanizmy utrudniające zbycie praw udziałowych albo, w przypadku zbycia, umożliwiające pozostałym wspólnikom nabycie udziałów lub akcji będących przedmiotem sprzedaży. Ograniczanie zbywalności praw udziałowych w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółce akcyjnej stanowi pewne odejście od ogólnej zasady swobody obrotu kapitałem, która wyraża się tym, że występujący ze spółki nie musi uzyskać zezwolenia pozostałych

¹ Autorzy są studentami na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

wspólników, a wstępujący nie musi spełnić dodatkowych warunków, aby stać się odpowiednio współnikiem spółki z ograniczoną odpowiedzialnością albo akcjonariuszem spółki akcyjnej². Instytucjami służącymi osiągnięciu tego celu, znanymi w praktyce polskiej, są m.in. prawo poboru, prawo pierwokupu czy też prawo pierwszeństwa. Brak szczegółowej regulacji stwarza problemy teoretyczne i praktyczne w ustaleniu czym dokładnie jest i jak należy interpretować prawo pierwszeństwa.

1.1. Rozumienie pojęcia prawa pierwszeństwa

W pierwszej kolejności należy zastanowić się, czym prawo pierwszeństwa w rzeczywistości jest. M. Matuszczak dokonał klasyfikacji praw pierwszeństwa i wyróżnił następujące kategorie:³

- 1) prawo pierwszeństwa nabycia *sensu largo*, które obejmuje wszystkie znane nam konstrukcje prawne służące umożliwieniu nabycia przez uprawnionego udziałów (akcji) z pierwszeństwem przed osobami trzecimi, a w podanej kategorii mieszczą się m.in. prawo pierwokupu, prawo wykupu, uprawnienie wynikające z umowy przedwstępnej sprzedaży,
- 2) prawo pierwszeństwa nabycia *sensu stricto*, obejmujące instytucje prawne umożliwiające uprawnionemu nabycie praw przed osobami trzecimi w przypadku, kiedy zobowiązany z danego stosunku zdecyduje się je zbyć,
- 3) prawo pierwszeństwa obejmujące jeden desygnat, a będące uprawnieniem dopuszczalnym na mocy art. 182 § 1, art. 337 § 2 i art. 338 § 1 Kodeksu spółek handlowych⁴.

Lakoniczna regulacja wspomnianych przepisów nie ułatwia próby zdefiniowania omawianego prawa. Także stanowisko judykatury nie wydaje się jednoznacznie przesądzać o charakterze tej instytucji⁵.

W niniejszej pracy przedmiotem rozważań będzie prawo pierwszeństwa w znaczeniu najwęższym. Prawo pierwszeństwa nabycia udziałów lub akcji może wynikać ze statutu spółki akcyjnej, umowy spółki z o.o., a także umowy zawartej pomiędzy współnikami bądź akcjonariuszami⁶. Uprawnienie może dotyczyć zarówno udziałów (akcji) nowej emisji, jak i udziałów (akcji) już istniejących. W relacji wynikającej z prawa pierwszeństwa możemy wskazać dwa podmioty: pierwszym jest zobowiązany, czyli sprzedający, a drugim uprawniony, czyli osoba, której przysługuje prawo pierwszeństwa nabycia praw udziałowych przed innymi. Jak wskazuje J. Górecki, nie jest wykluczone tworzenie tzw. „piętrowego” zastrzeżenia pierwszeństwa. Polega ono na przyznaniu prawa pierwszeństwa konkretnemu podmiotowi, a w razie nieskorzystania z niego, możliwość nabycia

² S. Sołtysiński [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz t. 3*, Warszawa 2008, s. 331.

³ M. Matuszczak, *Prawo pierwszeństwa pochodnego nabycia praw udziałowych w spółkach kapitałowych*, Warszawa 2013, s. 18-19.

⁴ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. (t.j. Dz.U. z 2017, poz. 1577).

⁵ Por. np. wyrok SN z 20 stycznia 1998 r., I CKN 368/97, OSNC 1998/9/143; wyrok SN z 29 listopada 2001 r., V CKN 536/00, LEX nr 52637.

⁶ R.L. Kwaśnicki, K. Oplustil, *Prawo pierwszeństwa nabycia udziałów (akcji) w umowie (statucie) spółki kapitałowej*, MoP 2006, z. 18, s. 961 i nast.

przechodzi na podmiot wskazany w drugiej kolejności⁷. Tak skonstruowana umowa pozwala elastycznie uprzywilejowywać wybranych albo wszystkich wspólników.

1.2. Funkcje prawa pierwszeństwa

Cele, dla jakich wspólnicy ustanawiają umowne prawo pierwszeństwa, mogą być różne i będą wpływały na to, w jaki sposób zostanie uregulowane dane zagadnienie⁸. Najważniejszą funkcją, jaką spełniać ma instytucja pierwszeństwa, jest utrzymanie dotychczasowego składu osobowego wspólników spółki. Wspólnicy, decydując się na przyznanie sobie omawianego uprawnienia, chcą uniknąć sytuacji, w której osoba trzecia mogłaby do niej przystąpić. W ekstremalnej sytuacji, wspólnik dysponujący pakietem większościowym udziałów lub akcji występując ze spółki mógłby doprowadzić bowiem do jej wrogiego przejęcia. Inaczej jest jednak, gdy uprawnienie zostaje przyznane jednemu lub kilku wybranym wspólnikom. Taka decyzja może być podyktowana chęcią uprzywilejowania czy nawet zachęcenia potencjalnego wspólnika do przystąpienia do spółki. Podobnie będzie w sytuacji, gdy uprawnienie zostanie przyznane wspólnikowi w celu jego wynagrodzenia za wniesiony wkład. Prawo pierwszeństwa może służyć również ułatwieniu koncentracji kapitału. Przyznanie takiego uprawnienia wspólnikowi strategicznemu zapewni mu możliwość kontroli nad zmianami organizacyjnym w spółce, a także decydowania o tym, kto do spółki wstąpi – możliwa do wyobrażenia jest sytuacja, w której uprawniony z prawa pierwszeństwa nabędzie udziały (akcje), które później zaoferuje innemu konkretnemu podmiotowi, którego sobie sam wybierze.

Przechodząc do rozważań na temat charakteru prawnego pierwszeństwa, co jest tematem niniejszego artykułu, należy zastanowić się, czy jego ustanowienie kreuje po stronie uprawnionego prawo podmiotowe⁹. Powszechnie w literaturze przez prawo podmiotowe definiuje się przyznaną przez prawo pewną sferę możliwości postępowania, która wynika ze stosunku cywilnoprawnego, a ma na celu zabezpieczenie lub ochronę interesów podmiotu uprawnionego¹⁰. Aby przesądzić o charakterze pierwszeństwa, zastanowić się należy, czy stosowana konstrukcja pierwszeństwa jest zbieżna z rozumieniem pojęcia prawa podmiotowego, czy są to kategorie całkiem rozłączne. Część autorów przyznaje taką cechę pierwszeństwu, z kolei inni skłaniają się ku pogładowi, że jest to tylko pewne uprzywilejowanie wybranych podmiotów, a samo pierwszeństwo nie tworzy roszczenia¹¹.

Według poglądu dominującego „pierwszeństwo jest: jedynie korzystną sytuacją podmiotu polegającą na uprzywilejowaniu go w stosunku do innych podmiotów w zakresie możliwości nabycia oznaczonego przedmiotu”¹². Według przedstawionego poglądu, sy-

⁷ J. Górecki, *Umowne (statutowe) pierwszeństwo nabycia*, Rejent 2009, nr 2, s. 52.

⁸ M. Matuszczak, *op.cit.*, s. 52.

⁹ M. Pyziak-Szafnicka [w:] *System Prawa Prywatnego. Tom I. Prawo cywilne- część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2012, s. 803.

¹⁰ *Ibidem*, s. 779 i nast.

¹¹ Por. S. Sołtysiński, *Ważność umowy zawartej przez członka zarządu spółki z o.o. Glosa do wyroku SN z dnia 11 stycznia 2002 r. (IV CKN 1903/00)*, PPH 2002, nr 10, s. 55; odmiennie J. Górecki, *op.cit.*, s. 57.

¹² J. Górecki, *op.cit.* s. 57 i nast. oraz powołana tam literatura.

tuacja uprawnionego z prawa pierwszeństwa jest zbliżona do sytuacji podmiotu, który zawarł umowę przedwstępną sprzedaży o skutku słabszym wyrażonym w art. 390 § 1 Kodeksu cywilnego¹³. Według przedstawionej tezy, jedynym skutkiem ewentualnego niewykonania zobowiązania będzie narażenie się na odpowiedzialność odszkodowawczą z artykułu 471 Kodeksu cywilnego. Jest to sytuacja o tyle niekorzystna dla uprawnionego, że szkoda, jaką może wykazać, ograniczy się do ewentualnego zysku, który mógłby uzyskać, a jakiego nie uzyskał ze względu na brak nabycia praw udziałowych. Wydaje się, że takie rozumienie prawa pierwszeństwa nie spełnia jego społeczno-gospodarczego celu, jakim jest utrzymanie dotychczasowego składu osobowego i niedopuszczenie do spółki osoby trzeciej. Ponadto często niemożliwe będzie samo wykazanie szkody w sytuacji, jeśli nie wzrośnie wartość udziałów (akcji), co uniemożliwi tym samym uzyskanie przez uprawnionego odszkodowania.

Przeciwny pogląd przyznaje możliwość wykreowania po stronie uprawnionego z pierwszeństwa prawa podmiotowego¹⁴. Jak już zostało powiedziane, prawo pierwszeństwa powstaje z woli stron, które zawierają w umowie (statucie) odpowiednią klauzulę statuującą omawiane uprawnienie. Na mocy zawartego porozumienia powstaje zobowiązanie polegające na tym, że potencjalny sprzedający jest zobligowany do umożliwienia nabycia przez uprawnionego (uprawnionych) udziałów (akcji), które ten pierwszy postanowił zbyć z pierwszeństwem przed osobami trzecimi. Uważamy, że pogląd ten jest słuszny, tj. korelatem obowiązku zobowiązanego jest uprawnienie drugiej strony do żądania umożliwienia nabycia¹⁵. Innymi słowy, uprawniony ma roszczenie do sprzedawcy o umożliwienie mu nabycia praw udziałowych.

1.3. Cechy i elementy charakterystyczne prawa pierwszeństwa

Jak zostało wcześniej wskazane, prawo pierwszeństwa nabycia udziałów (akcji) powstaje z woli wspólników poprzez zawarcie odpowiedniej klauzuli w umowie lub statucie. Wobec faktu, iż sposób realizacji prawa pierwszeństwa nie został uregulowany ustawowo, wspólnicy – dla uniknięcia sporu w tym zakresie – powinni określić w sposób szczegółowy procedurę jego realizacji w zawartej umowie¹⁶. Najczęściej jednak wspólnicy ograniczają się do zapisu, że określone podmiotowi (określonym podmiotom) przysługuje prawo pierwszeństwa nabycia udziałów (akcji)¹⁷. Tak skonstruowane postanowienie pozostawia wiele możliwości interpretacyjnych, a co za tym idzie, możliwości późniejszego sporu w przypadku wystąpienia konfliktu interesów. Postanowienia umowne, zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, biorąc pod uwagę brzmienie art. 65 k.c., powinny być interpretowane według zgodnego zamiaru stron¹⁸. Biorąc jednak pod uwagę fakt, iż prawo pierwszeństwa należy do postanowień korporacyjnych,

¹³ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. (t.j. Dz.U. z 2017, poz. 459).

¹⁴ Tak m.in. S. Sołtysiński, *op.cit.*, s. 55.

¹⁵ Podobnie M. Matuszczyk, *op.cit.*, s. 66 oraz S. Sołtysiński, *op.cit.*, s. 56.

¹⁶ R.L. Kwaśnicki, K. Oplustil, *op.cit.*, s. 967.

¹⁷ M. Matuszczyk, *op.cit.*, s. 59.

¹⁸ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 1995 r., III CZP 66/95, OSNC 1995/12/168.

zgodnie z przeważającym stanowiskiem doktryny, należy przede wszystkim brać pod uwagę wykładnię obiektywną¹⁹.

Powołując się na dorobek doktryny prawa polskiego oraz judykatury można wskazać pewne elementy charakterystyczne, którymi cechuje się prawo pierwszeństwa i jak należy je rozumieć. Jak wynika z analizy wyroku Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej²⁰ sprzedający, zobowiązany z prawa pierwszeństwa, powinien poinformować uprawnionego o zamiarze zbycia przedmiotu objętego prawem, a następnie umożliwić mu jego nabycie. Jak się wydaje, umożliwienie uprawnionemu nabycia powinno mieć charakter realny. Samego złożenia oferty na warunkach uniemożliwiających jej przyjęcie – na przykład poprzez określenie zbyt krótkiego terminu na zapłatę ceny czy też jej bezpodstawne zawyżenie – nie można uznać za umożliwienie nabycia.

Wobec faktu, iż wspólników łączy stosunek obligacyjny-organizacyjny, w którym to obowiązkiem wspólnika jest umożliwienie nabycia udziału (akcji), należy do niego stosować przynajmniej odpowiednio przepisy ogólne o zobowiązaniach²¹. Biorąc pod uwagę powyższe, zachowanie sprzedawcy można tu porównać do obowiązku zachowania dłużnika, który zgodnie z art. 354 k.c. powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a także w sposób odpowiadający ustalonym zwyczajom.

Umożliwienie nabycia może przybrać różną formę, zależnie od woli wspólników. Sprzedawca może zarówno złożyć ofertę uprawnionemu (uprawnionym), jak i zaprosić do złożenia oferty przez tych ostatnich. Nie jest wykluczony także inny tryb zawarcia umowy sprzedaży. Jeszcze inaczej będzie wyglądał mechanizm wykonania uprawnienia, gdy strony uregulują metodę wyceny.

Jak trafnie zauważono²², prawo pierwszeństwa nie podlega ogólnemu zakazowi dokonywania czynności prawnych wyłączających lub ograniczających rozporządzanie prawem, wyrażonemu w art. 57 § 1 k.c. Prawa udziałowe, jako prawa zbywalne²³, podlegają hipotezie przywołanego przepisu. Według jednego z poglądów, pierwszeństwo stanowi wyjątek od podanej zasady zakazu zbywalności, podobnie jak na podstawie art. 509 i art. 514 k.c. strony mogą wyłączyć lub ograniczyć prawo przelewu wierzytelności, ponieważ przepisy te stanowią *lex specialis* względem art. 57 § 1 k.c.²⁴ Jak się wydaje, analogicznie należy traktować przepisy k.s.h. upoważniające wspólników do zastrzeżenia prawa pierwszeństwa, bądź innych postanowień ograniczających rozporządzanie prawami udziałowymi. Przedstawiciele innego nurtu doktrynalnego opo-

¹⁹ S. Sołtysiński [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks handlowy. Komentarz*, t. I, Warszawa 1998, s. 92; M. Goszczyk, *Charakter prawny statutu spółki akcyjnej*, PSp. 3/1997, s. 10; R.L. Kwaśnicki, *Autonomia woli w kształtowaniu postanowień statutu spółki akcyjnej w prawie polskim, niemieckim oraz amerykańskim*, PSp. 12/2001, s. 29.

²⁰ Wyrok Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej z dnia 24 kwietnia 2006 r., SA 193/05, LEX nr 1724100.

²¹ S. Sołtysiński, *Ważność umowy...*, s. 53 i nast.

²² M. Matuszczak, *op.cit.*, s. 104 i nast.

²³ A. Szumański, I. Weiss [w:] W. Pyzioł, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo spółek*, Warszawa 2016, s. 356 i nast.

²⁴ J. Mojak, *Obrót wierzytelnościami*, Warszawa 2004, s. 41.

wiadają się za dopuszczalnością stosowania pierwszeństwa jako postanowienia wywołującego jedynie skutek zobowiązujący, a tym samym zastosowanie będzie miał art. 57 § 2 k.c. Z uwagi na odpowiednie stosowanie powołanego przepisu na mocy art. 2 k.s.h. w prawie spółek, A. Szlęzak twierdzi, że przepisy art. 182 § 1, art. 337 § 2 i art. 338 § 1 k.s.h. należałoby uznać za *superfluum* ustawowe²⁵.

1.4. Prawo pierwszeństwa a pierwokup

Z uwagi na niewątpliwe problemy, jakie sprawia prawo pierwszeństwa w judykaturze²⁶ i częste, także doktrynalne, porównania do prawa pierwokupu²⁷, należy wskazać na najważniejsze różnice między tymi instytucjami. Najbardziej doniosłą różnicą jest sposób wykonania omawianych uprawnień. Prawo pierwokupu nakłada na sprzedającego obowiązek zawarcia umowy sprzedaży pod warunkiem zawieszającym, że uprawniony nie wykona swojego prawa²⁸. Dopiero gdy uprawniony nie zdecyduje się wykonać swojego uprawnienia, możliwe będzie zawarcie definitywnej umowy sprzedaży. Jeżeli jednak uprawniony zdecyduje się na zawarcie umowy, wstępuje on w miejsce niedoszłego nabywcy. Wynika z tego, że uprawniony nie ma wpływu na treść umowy sprzedaży i nie może negocjować warunków transakcji. Inaczej jest w przypadku pierwszeństwa, w którym zobowiązany powinien umożliwić nabycie praw udziałowych już przed wejściem w jakąkolwiek relację kontraktową ze stroną trzecią, a tym samym uprawniony z pierwszeństwa może, o ile w umowie (statucie) nie postanowiono inaczej, indywidualnie negocjować warunki umowy. Jako odmienność w literaturze podnosi się także sam charakter tych instytucji, bowiem pierwokup jest uprawnieniem prawokształtującym²⁹, natomiast pierwszeństwo – roszczeniem³⁰. Bez wątpienia, prawo pierwszeństwa jest także bardziej elastyczne z uwagi na brak szczegółowej regulacji.

2. Konsekwencje naruszenia prawa pierwszeństwa

2.1. Odpowiedzialność odszkodowawcza

Strony umowy oczywiście uprawnione są do samodzielnego uregulowania konsekwencji naruszenia prawa pierwszeństwa poprzez wprowadzenie instytucji kary umownej. Należy jednak rozpatrzyć jakie roszczenia przysługują współnikom w sytuacji braku uregulowania konsekwencji, czy też mimo ich uregulowania, bowiem – jak wskazaliśmy

²⁵ A. Szlęzak, *Ograniczenia w rozporządzaniu akcjami/udziałami (zagadnienia wybrane)* [w:] *Prawo prywatne czasu przemian: Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Sołtysińskiemu*, red. A. Nowicka, Poznań 2005, s. 550 i nast.

²⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 listopada 2001 r., V CKN 536/00, LEX nr 52637.

²⁷ Por. M. Matuszczyk, *op.cit.*, s. 31 i nast.

²⁸ J. Jezioro [w:] *Kodeks Cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2016, s. 1219 i nast.

²⁹ E. Drozd, *Zagadnienia dopuszczalności ochrony uprawnionego z tytułu prawa pierwokupu przy pomocy art. 59 k.c.*, *Palestra* 1974, nr 5, s. 19.

³⁰ M. Matuszczyk, *op.cit.*, s. 32.

na początku niniejszego artykułu – regulacja prawa pierwszeństwa niejednokrotnie jest bardzo lakoniczna.

Biorąc pod uwagę, iż prawo pierwszeństwa zastrzeżone w umowie spółki stanowi instytucję odrębną od prawa pierwokupu, a także prawa pierwszeństwa wynikającego z ustawy, nieuprawnionym byłoby podjęcie rozważań dotyczących stosowania art. 599 § 2 k.c., a także art. 58 § 1 k.c.³¹ Natomiast należy zastanowić się nad przysługującym uprawnionemu z tytułu prawa pierwszeństwa roszczeniem odszkodowawczym z tytułu niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania, o którym stanowi art. 471 k.c. w zw. z art. 2 k.s.h. Wobec faktu, iż odrzucamy koncepcję uprawniającą do stosowania przepisów dotyczących pierwokupu do prawa pierwszeństwa, o czym będzie mowa poniżej, naszym zdaniem nieuprawnionym jest również stosowanie art. 599 § 1 k.c. w razie naruszenia prawa pierwszeństwa.

Jak wskazaliśmy powyżej, zobowiązany z prawa pierwszeństwa, powinien wykonać zobowiązanie wynikające z prawa pierwszeństwa zgodnie z art. 354 k.c. Wobec powyższego, naruszenie procedury określonej w umowie ustanawiającej prawo pierwszeństwa stanowić będzie nienależyte, bądź też – w przypadku pozbawienia uprawnionego z prawa pierwszeństwa możliwości skorzystania z niego – niewykonanie zobowiązania³². Jako treść zobowiązania rozumie się bowiem nakazy wywodzące się z czynności prawnej, będącej źródłem zobowiązania, a także ustanowione w normach prawnych dotyczących tegoż zobowiązania³³. Jednakże procedura realizacji umownego prawa pierwszeństwa nie została uregulowana ustawowo, dlatego też treść zobowiązania, o której stanowi art. 354 k.c., wynikać będzie z umowy między stronami. Stąd też jako przykładowe naruszenia prowadzące do uniemożliwienia skorzystania przez uprawnionego z prawa pierwszeństwa należy wskazać niezłożenie uprawnionemu oferty nabycia udziału (akcji) czy też nieogłoszenie przetargu dotyczącego zbycia udziału (akcji) w sytuacji, gdy zgodnie z umową wspólnik był do tego zobowiązany³⁴.

Wobec tego, w przypadku uregulowania przez wspólników w umowie sposobu realizacji prawa pierwszeństwa, należyty sposób postępowania przez zobowiązanego na podstawie umownej regulacji ustanawiającej prawo pierwszeństwa nie budzi wątpliwości. Sytuacja jednak komplikuje się w razie braku stosownej regulacji. W tym miejscu należy poddać analizie stanowisko judykatury dotyczące tej kwestii. Zgodnie z przeważającym w orzecznictwie poglądem³⁵, w przypadku braku postanowień umownych dotyczących realizacji prawa pierwszeństwa, należy stosować przepisy dotyczące pierwokupu, tj. art. 596 k.c. i nast. Twierdzenie to jest popierane argumentacją,

³¹ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 stycznia 1998 r., I CKN 368/97; E. Drozd [w:] E. Drozd, Z. Truskiewicz, *Gospodarka gruntami i wywłaszczanie nieruchomości. Komentarz*, Zielona Góra 1995, s. 92.

³² M. Matuszczak, *op.cit.*, s. 235.

³³ P. Machnikowski [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 617.

³⁴ M. Matuszczak, *op.cit.*, s. 235 i nast.

³⁵ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia listopada 2006 r., I ACa 392/06, LEX nr 269605; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 listopada 2001 r., V CKN 536/00, LEX nr 52637; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 5 grudnia 2014 r., I ACa 399/14, LEX nr 1668696.

iż art. 2 k.s.h. odsyła do stosowania k.c. w sprawach nieuregulowanych przepisami k.s.h., wobec czego, jeżeli umowa spółki wprowadza prawo pierwszeństwa – jednocześnie nie precyzując, w jaki sposób powinno być ono wykonane – to prawo pierwszeństwa zastrzeżone w umowie należy utożsamiać z prawem pierwokupu uregulowanym w art. 596 i nast. k.c. Zgodnie jednak z przeważającym w doktrynie stanowiskiem, prawo pierwszeństwa jest instytucją odrębną od prawa pierwokupu, wobec czego, nawet w przypadku braku stosownych umownych regulacji, nieuprawnionym jest ich zrównanie³⁶. Istotą prawa pierwszeństwa jest bowiem stworzenie możliwości nabycia przez uprawnionego z prawa pierwszeństwa udziału (akcji). Dopiero nieskorzystanie przez uprawnionego z tej możliwości otwiera drogę rozporządzającemu udziałem (akcją) do zawarcia stosownej umowy z dowolnie wybranym podmiotem³⁷. Wynika więc z tego, iż realizacja prawa pierwszeństwa następuje w innym momencie niż realizacja pierwokupu, bowiem realizacja pierwszego z nich następuje przed zawarciem umowy z osobą trzecią, z kolei realizacja pierwokupu następuje już po zawarciu warunkowej umowy z osobą trzecią³⁸. Biorąc pod uwagę powyższe, w przypadku braku uregulowania procedury także w umowie, należy posłużyć się fragmentem przepisu art. 354 k.c. stanowiącym, iż współnik powinien wykonać zobowiązanie w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a także w sposób odpowiadający ustalonym zwyczajom.

Przesłankami odpowiedzialności odszkodowawczej zobowiązanego z prawa pierwszeństwa, zgodnie z art. 471 k.c., oprócz wyżej opisanego niewykonania bądź też nienależytego wykonania zobowiązania, są również szkoda – rozumiana jako *damnum emergens i lucrum cessans*, wina zobowiązanego z tytułu umownego prawa pierwszeństwa, a także adekwatny związek przyczynowy między zachowaniem zobowiązanego a szkodą wyrządzoną uprawnionemu. Należy mieć świadomość, że w myśl art. 6 k.c. to na uprawnionym spoczywa obowiązek udowodnienia zasadności roszczenia odszkodowawczego. Wobec powyższego będzie on zobowiązany wskazać wysokość szkody, a także ją udowodnić, co należy uznać za bardzo trudne, o ile wręcz niemożliwe. Nie można bowiem uznać za szkodę wartości udziałów (akcji), za które, w celu ich nabycia, uprawniony z prawa pierwszeństwa zobowiązany byłby uiścić cenę³⁹.

2.2. Ochrona uprawnionego na podstawie art. 59 k.c.

Kolejno należy rozpatrzyć możliwość zastosowania art. 59 k.c.⁴⁰ w zw. z art. 2 k.s.h., tj. bezskuteczności względnej w przypadku naruszenia umownego prawa pierwszeństwa.

³⁶ R.L. Kwaśnicki, K. Oplustil, *op.cit.*, s. 965.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*, s. 965.

³⁹ J. Górecki, *op.cit.*, s. 60.

⁴⁰ Art. 59 k.c. stanowi, iż w razie zawarcia umowy, której wykonanie czyni całkowicie lub częściowo niemożliwym zadośćuczynienie roszczeniu osoby trzeciej, osoba ta może żądać uznania umowy za bezskuteczną w stosunku do niej, jeżeli strony o jej roszczeniu wiedziały albo jeżeli umowa była nieodpłatna. Uznania umowy za bezskuteczną nie można żądać po upływie roku od jej zawarcia.

Na wstępie zaznaczyć należy, iż wątpliwości budzi wyrażony w doktrynie i w judykaturze pogląd o stosowaniu względem umownego prawa pierwszeństwa przepisów dotyczących pierwokupu, a uregulowanych w k.c. Jak się również wydaje, nieuprawnione jest stosowanie art. 59 k.c. (bezskuteczności względnej) do prawa pierwszeństwa przy przyjęciu argumentacji, iż skoro judykatura dopuszcza stosowanie art. 59 k.c. *per analogiam* do prawa pierwokupu, a równocześnie do prawa pierwszeństwa należy stosować przepisy dot. prawa pierwokupu, to również w przypadku prawa pierwszeństwa uprawnionym jest zastosowanie *per analogiam* art. 59 k.c.⁴¹

Jednakże sam pogląd o dopuszczalności zastosowania art. 59 k.c. w zw. z art. 2 k.s.h. w przypadku naruszenia prawa pierwszeństwa należy uznać za zasadny. Przepis ten wprowadza uprawnienie do żądania przez osobę trzecią uznania umowy za bezskuteczną w stosunku do niej w razie zawarcia umowy, której wykonanie czyni całkowicie lub częściowo niemożliwym zadośćuczynienie roszczeniu osoby trzeciej. Przenosząc to na grunt niewykonania przez zobowiązanego na podstawie umownego prawa pierwszeństwa obowiązku w postaci umożliwienia skorzystania przez uprawnionego z prawa pierwszeństwa należy stwierdzić, że w związku z faktem, iż uprawniony z prawa pierwszeństwa dysponuje roszczeniem do sprzedawcy o umożliwienie mu nabycia praw udziałowych, będzie on uprawniony do żądania uznania umowy, z powodu której nie może wykonać swojego uprawnienia, za bezskuteczną. Wszelkie spory na tym gruncie spowodowane są wątpliwościami dotyczącymi przysługiwania uprawnionemu roszczenia⁴². Biorąc jednak pod uwagę, iż jak wskazaliśmy wyżej, uprawnionemu przysługuje roszczenie o umożliwienie nabycia udziałów przy spełnieniu przesłanek określonych w art. 59 k.c., do których należą: wiedza stron umowy o roszczeniu uprawnionego bądź nieodpłatność umowy oraz zachowanie rocznego terminu do wniesienia żądania, umowa umożliwiająca nabycie udziałów powinna zostać uznana za bezskuteczną względem uprawnionego.

Roszczenia z art. 59 k.c. oraz 471 k.c., zgodnie z poglądem doktryny, nie wykluczają się nawzajem⁴³. Pogląd, iż w przypadku wystąpienia z roszczeniem z art. 59 k.c. i uznania przez sąd umowy za bezskuteczną względem uprawnionego, uprawniony będzie mógł domagać się odszkodowania wyłącznie za nienależyte wykonanie zobowiązania, nie zaś za niewykonanie zobowiązania, ponieważ w takim przypadku należy zakładać, że wierzyciel wyegzekwował spełnienie świadczenia⁴⁴, należy uznać za niezasadny. Fakt uznania umowy z osobą trzecią za bezskuteczną nie powoduje skutku w postaci spełnienia świadczenia na rzecz uprawnionego, ale stwarza jedynie taką możliwość. Wobec powyższego jest również możliwa taka sytuacja, że mimo ubezskutecznienia umowy z osobą trzecią względem uprawnionego, będzie on mógł domagać się odszkodowania za niewykonanie umowy, której przedmiotem jest prawo pierwszeństwa.

⁴¹ Pogląd ten przyjął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 29 listopada 2001 r., V CKN 536/00, LEX nr 52637.

⁴² Por. L. Kwaśnicki, K. Oplustil, *op.cit.*, s. 969.

⁴³ P. Machnikowski [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 141.

⁴⁴ K. Piasecki, *Komentarz do art. 59 Kodeksu cywilnego* [w:] K. Piasecki, *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga pierwsza. Część ogólna*, pkt 1 i nast., LEX 2003.

3. Podsumowanie

Jak zostało przedstawione w niniejszym artykule, zastrzegając prawo pierwszeństwa należy być bardzo ostrożnym. Z uwagi na brak szczegółowej regulacji tej instytucji zaleca się, aby postanowienia umowne jak najdokładniej określały zarówno sposób wykonania prawa, jak i ewentualne skutki w przypadku naruszenia omawianego uprawnienia. Sam spór sądowy może prowadzić do rozstrzygnięcia, które trudno będzie przewidzieć. Należy zwrócić uwagę na niejednorodną linię orzecniczą sądów, które wskazywały, że do pierwszeństwa należy stosować *per analogiam* przepisy o pierwokupie⁴⁵. Uważamy, że taką praktykę należy ocenić negatywnie. Prawo pierwszeństwa jest całkowicie autonomiczną instytucją, która – pomimo pewnych podobieństw – nie jest pierwokupem⁴⁶.

Brak szczegółowej regulacji omawianej instytucji sprzyja swobodnemu regulowaniu relacji korporacyjnych. Wspólnicy mogą uprzywilejować wszystkich lub niektórych z nich, zgodnie ze swoim zamiarem. Dzięki temu, pierwszeństwo może spełniać różne funkcje, zarówno jako ochrona przed osobami trzecimi, które mogłyby wejść do spółki, czy też restrukturyzacyjne, kiedy wspólnicy, poprzez nadanie uprawnienia wybranym podmiotom, będą chcieli zmienić układ sił w spółce. Pierwszeństwo może służyć także zachęceniu osoby trzeciej do przystąpienia do spółki. Omawiana konstrukcja jest szczególnie atrakcyjna, kiedy przyszli wspólnicy będą chcieli pozyskać strategicznego partnera biznesowego.

* * *

Specifics of the Contractual Right of Priority to Purchase Shares or Stocks in Companies

The right of priority is an acceptable instrument limiting the possibility of disposing of shareholders' rights in companies. Due to lack of detailed regulation, it creates many theoretical and practical problems. The ruling line prevailing in Polish courts tends towards legal qualification similar to the pre-emption, ordering proper application of the provisions of the Civil Code. According to the opponents of such view, precedence is a completely autonomous instrument, which should be treated completely separately from the pre-emptive right, and different interpretation will distort its socio-economic function. Possible consequences of infringements of the power in question are particularly significant and possibility of their derogation depends on adopted concept of the nature of priority right.

Key words: right of priority, pre-emptive right, company, shares, stocks

⁴⁵ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2006 r., V CKN 536/00, LEX nr 52637.

⁴⁶ M.in. M. Matuszczyk, *op.cit.*, s. 33.

Jakub Tekielak¹

Odpowiedzialność cywilna za szkody jądrowe jako szczególny reżim odpowiedzialności deliktowej w polskim porządku prawnym – aspekty konwencyjne i ustawowe

Streszczenie:

Odpowiedzialność cywilna za szkody jądrowe jest w Polsce uregulowana zarówno w umowach międzynarodowych, jak i w prawie krajowym. Do najważniejszych obowiązujących na terenie Polski aktów prawnych w tym zakresie należą Konwencja wiedeńska o odpowiedzialności cywilnej za szkody jądrowe z 1963 r. i ustawa – Prawo atomowe z 2000 r. W razie sprzeczności między nimi, pierwszeństwo nadaje się przepisom konwencyjnym. Szkada jądrowa może mieć postać szkody na osobie, w mieniu i szkody w środowisku naturalnym. Wyłączną odpowiedzialność za powstanie tego rodzaju szkód ponosi osoba eksploatująca urządzenie jądrowe (z wyjątkiem szkód wywołanych konfliktem zbrojnym). Jest ona jednak ograniczona kwotowo. Osoba eksploatująca jest także zobowiązana do zawarcia umowy ubezpieczenia na wypadek wystąpienia szkody jądrowej. Co ważne, szkoda w środowisku może być spłacona jedynie w kwocie pieniężnej. Zadanie jej usunięcia bierze na siebie państwo. Ponadto istnieją szczególne przepisy wobec ogólnych reguł Kodeksu cywilnego określające terminy możliwości dochodzenia roszczeń związanych z takimi szkodami.

Słowa kluczowe: prawo atomowe, odpowiedzialność cywilna za szkody jądrowe, obiekt jądrowy, materiał jądrowy, ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej od szkód jądrowych

¹ Jakub Tekielak – student III roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie, autor publikacji w monografiach naukowych, trzykrotny stypendysta JM Rektora Uniwersytetu Jagiellońskiego, członek Koła Prawa Energetycznego UJ, pasjonat technologii jądrowych (zwłaszcza energetyki jądrowej).

1. Wprowadzenie

Odkrycia naukowe z przełomu XIX i XX wieku, dotyczące promieniowania jonizującego, okazały się być jednym z najistotniejszych czynników rozwoju technologicznego w wieku XX. W następstwie dokonania przez naukowców ich teoretyzacji z punktu widzenia fizycznego i chemicznego, znalazły one szerokie zastosowanie w tak fundamentalnych dziedzinach jak choćby energetyka, medycyna, farmacja czy też obronność. Należy jednak zauważyć, iż pomimo niezliczonej ilości zalet, jakie przynosi może szeroko rozumiane promieniowanie jonizujące, jego immamentną właściwością jest również ryzyko spowodowania poważnego zagrożenia dla życia i zdrowia ludzi. Rodzi się ono w związku z wykorzystywaniem radioaktywności w sposób niezgodny z określonymi przez naukowców metodami obchodzenia się z promieniowaniem. Stąd też, wraz z rozwojem chemii i fizyki jądrowej, a także inżynierii nuklearnej, niezbędne okazało się stworzenie odrębnych regulacji prawnych, zarówno o charakterze krajowym, jak i międzynarodowym, normatywizujących zasady obchodzenia się z substancjami radioaktywnymi.

Zasadniczo rozwój prawa atomowego sensu *stricto* został rozpoczęty po II wojnie światowej, gdy państwa zaczęły zawierać między sobą różnorakie konwencje zarówno bilateralne, jak i wielostronne. Niebagatelną rolę odegrały w tym względzie różnorakie organizacje międzynarodowe, takie jak chociażby powstała w 1957 r. IAEA (*International Atomic Energy Agency* – Międzynarodowa Agencja Energii Atomowej) z siedzibą w Wiedniu, działająca jako organizacja wyspecjalizowana ONZ w rozumieniu art. 57 Karty Narodów Zjednoczonych². Ponadto państwa zaczęły także tworzyć własne przepisy krajowe w tym zakresie. Obok takich zagadnień jak zabezpieczenie materiałów promieniotwórczych, ich przewóz, składowanie, zezwolenie na posługiwanie się nimi itp. istotną kwestią, jakie zaczął podejmować ustawodawca, stała się również odpowiedzialność cywilna za szkody, jakie może wywołać promieniowanie jonizujące, zwane szkodami jądrowymi (nuklearnymi).

W polskim porządku prawnym również istnieją przepisy, których celem jest określenie zasad odpowiedzialności cywilnej za powstałą szkodę jądrową. Część z nich ma genezę krajową (tj. ustawową), a część międzynarodową (tj. konwencyjną). Niemniej tematyka związana z tego rodzajem odpowiedzialności deliktowej, pomimo swej doniosłości, jest raczej w polskiej doktrynie prawa mało znana i rzadko opisywana. Według autora składają się na to dwa czynniki. Jednym z nich jest to, że w Polsce istnieje mało obiektów jądrowych, a w szczególności brak jest na tę chwilę wysokoenergetycznych reaktorów jądrowych działających na potrzeby elektrowni, przez co wielu osobom tematyka ta wydaje się mało praktyczna, co nie jest do końca prawdą (w Polsce istnieje kilka obiektów jądrowych, m.in. reaktor doświadczalny i Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Promieniotwórczych w Świerku pod Warszawą, a także Składowisko Odpadów Promieniotwórczych w Róźnie). Oprócz tego nieco problematyczna może być konieczność posiadania przynajmniej w minimalnym stopniu specjalistycznej wiedzy na temat zjawisk jądrowych i technologii nuklearnych, która pozwalałaby na zrozumienie nie tylko samej treści normy, ale również tego, co jest jej przyczyną i celem jej

² Karta Narodów Zjednoczonych (t.j. Dz.U. z 1947, Nr 23, poz. 90 ze zm.).

istnienia w rozumieniu nauk przyrodniczych. Dlatego też autor zdecydował podjąć się tego dość słabo znanego tematu, który w związku z planami budowy pierwszej elektrowni jądrowej na terenie Polski może już w niedługim czasie przybrać na wadze.

2. Źródła prawa

Jak już wspomniano, zakres uregulowania kwestii dotyczących odpowiedzialności cywilnej za szkody jądrowe w prawie obowiązującym na terenie Rzeczypospolitej Polskiej nie jest bynajmniej ograniczony do jednego aktu prawnego. Podstawowym źródłem prawa w tym względzie o pochodzeniu krajowym jest rozdział XII „Odpowiedzialność cywilna za szkody jądrowe” ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. – Prawo atomowe³. Przepisy te weszły w życie z dniem 1 stycznia 2002 r., co wynika bezpośrednio z art. 139 tej ustawy. Zastąpiły one wcześniej obowiązujące reguły z rozdziału 8 ustawy z dnia 10 kwietnia 1986 r. – Prawo atomowe⁴, która jako pierwsza uchwalona w Polsce ustawa wyodrębniła prawnie pojęcie szkód jądrowych jako rodzaj swoistej i szczególnej kategorii deliktów cywilnoprawnych.

Powyższa ustawa jest jedynym aktem prawa krajowego odnoszącym się do omawianego zagadnienia. Niemniej istnieją akty prawa międzynarodowego, których Polska jest stroną, nakładające na nią pewne zobowiązania odnośnie odpowiedzialności cywilnej za szkody jądrowe. Podstawowym traktatem w tym zakresie, do którego przystąpiło państwo polskie, była Konwencja wiedeńska o odpowiedzialności cywilnej za szkodę jądrową, sporządzona w Wiedniu dnia 21 maja 1963 r. Polska została stroną tej konwencji w drodze przystąpienia (akcesji)⁵ w 1990 r., co wynika jednoznacznie z treści Oświadczenia rządowego z dnia 17 maja 1990 r. w sprawie przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do Konwencji wiedeńskiej o odpowiedzialności cywilnej za szkodę jądrową⁶, sporządzonej w Wiedniu dnia 21 maja 1963 r. i z ogłoszenia tego faktu w Dzienniku Ustaw z 14 września 1990 r. (Dz.U. z 1990, Nr 63, poz. 370). Weszła ona w życie w stosunku do Polski dnia 23 kwietnia 1990 r. (wobec pierwotnych państw sygnatariuszy datę wejścia w życie ustalono na 1977 r.). Co interesujące, w oparciu o podane powyżej dane stwierdzić można, że tekst o przystąpieniu Polski do owej umowy został opublikowany po dacie, którą władze polskie uznały za datę wejścia w życie. Taka praktyka z pewnością nie jest korzystna w demokratycznym państwie prawa (choć przyznać trzeba, że w owym czasie Polska takim państwem jeszcze nie była⁷). Niemniej należy zauważyć, iż w owym okresie praktyka polegająca na publikowaniu umowy międzynarodowej po dacie jej wejścia w życie nie była w Polsce rzadka. Nie ominęła ona nawet

³ Ustawa z dnia 29 listopada 2000 r. – Prawo atomowe (t.j. Dz.U. z 2017, poz. 576 ze zm.).

⁴ Ustawa z dnia 10 kwietnia 1986 r. – Prawo atomowe (t.j. Dz.U. z 1986, Nr 12, poz. 70).

⁵ <https://www.iaea.org/publications/documents/conventions/vienna-convention-on-civil-liability-for-nuclear-damage>, 11.11.2017.

⁶ Konwencja wiedeńska o odpowiedzialności cywilnej za szkodę jądrową, sporządzona w Wiedniu dnia 21 maja 1963 r. (Dz.U. z 1990, Nr 63, poz. 370 ze zm.).

⁷ Najlepiej świadczy o tym fakt, że wybory z dnia 4 czerwca 1989 r. nie były w pełni demokratyczne, wbrew nierzadko przytaczanej opinii, gdyż gwarantowały one blokowi PZPR-ZSL-SD określony i przeważający ułamek miejsc w Sejmie. O wolnych wyborach w powojennej Polsce możemy mówić dopiero od dnia 27 maja 1990 r., gdy zorganizowano pierwsze po 1945 r. w Polsce wybory samorządowe do rad gmin.

tak fundamentalnej dla prawa międzynarodowego konwencji jak Konwencja wiedeńska o Prawie traktatów^{8, 9}.

Następny etap w rozwoju konwencyjnego prawa atomowego w Polsce zaczął się z dniem 27 kwietnia 1992 r., kiedy to wszedł w życie Wspólny protokół dotyczący stosowania Konwencji wiedeńskiej i Konwencji paryskiej (o odpowiedzialności za szkody jądrowe)¹⁰, sporządzony w Wiedniu dnia 21 września 1988 r., po oficjalnym przystąpieniu do niego Polski. Sam w sobie jest dość interesującym przedmiotem rozważań, gdyż w protokole tym państwa będące stronami dwóch różnych konwencji o odpowiedzialności cywilnej za szkody jądrowe (Konwencji paryskiej i Konwencji wiedeńskiej) zobowiązują się do wzajemnego stosowania niektórych przepisów tych aktów prawnych (art. IV Protokołu). Stronami Konwencji wiedeńskiej w owym czasie, podobnie zresztą jak i teraz, były przede wszystkim liczne państwa byłego RWPG oraz kraje pozaeuropejskie, jak Liban czy Argentyna. Natomiast do państw-stron Konwencji paryskiej o odpowiedzialności strony trzeciej w dziedzinie energii jądrowej z dnia 29 lipca 1960 r. należały kraje Europy zachodniej, co m.in. wynikało z faktu, że rolę jej depozytariusza pełniła i wciąż pełni OECD (*Organisation for Economic Co-operation and Development* – Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju)¹¹. Co istotne, protokół ten miał sens praktyczny z uwagi na to, że „Konwencja wiedeńska i Konwencja paryska są podobne w treści i że żadne państwo nie jest obecnie stroną obydwu konwencji” (fragment preambuły do protokołu). U podstaw tego protokołu stała wola uniknięcia w przyszłości problemów wynikających ze stosowania obydwu umów międzynarodowych, co zresztą jest stwierdzone w samej preambule, a także niekorzystne doświadczenia związane z nieudaną próbą dochodzenia od ZSRS odszkodowań za szkody powstałe w innych państwach po katastrofie w Czarnobylu¹² w 1986 r. Ostatnim krokiem na drodze do zaistnienia obecnego stanu prawnego w zakresie umów międzynarodowych było ratyfikowanie przez Polskę Protokołu Zmieniającego Konwencję wiedeńską z 1963 roku o odpowiedzialności cywilnej za szkodę jądrową, sporządzonego w Wiedniu dnia 12 września 1997 roku. Promulgacja tychże poprawek do Konwencji, po uprzedniej ratyfikacji, została dokonana w Dzienniku Ustaw dnia 5 stycznia 2011 r.

Jako że na terenie Rzeczypospolitej obowiązuje więcej niż jedno źródło prawa, które odnosiłoby się do omawianego rodzaju odpowiedzialności, należy się zastanowić, jakie

⁸ Konwencja wiedeńska o prawie traktatów sporządzona w Wiedniu dnia 23 maja 1969 r. (t.j. Dz.U. z 1990, Nr 74, poz. 439).

⁹ Oświadczenie rządowe z dnia 31 sierpnia 1990 r. w sprawie przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów, sporządzonej w Wiedniu dnia 23 maja 1969 r. (Dz.U. z 1990, Nr 74, poz. 440) stanowi, że: „Wyżej wymieniona konwencja weszła w życie (...) w stosunku do Rzeczypospolitej Polskiej – dnia 1 sierpnia 1990 r.”

¹⁰ Wspólny protokół dotyczący stosowania Konwencji wiedeńskiej i Konwencji paryskiej (o odpowiedzialności za szkody jądrowe), sporządzony w Wiedniu dnia 21 września 1988 r. (t.j. Dz.U. z 1994, Nr 129, poz. 633).

¹¹ <https://www.oecd-neo.org/law/paris-convention-ratification.html>, 11.11.2017.

¹² Uzasadnienie do projektu ustawy o ratyfikacji Protokołu Zmieniającego Konwencję wiedeńską z 1963 roku o odpowiedzialności cywilnej za szkodę jądrową, sporządzonego w Wiedniu dnia 12 września 1997 roku (Druk [sejmowy] nr 2258), s. 5.

istnieją wzajemne relacje pomiędzy tymi aktami i przepisom których z nich nadać większe znaczenie w razie ewentualnej sprzeczności. Na tak postawione pytanie bynajmniej nie jest łatwo odpowiedzieć w sposób satysfakcjonujący. Wynika to z faktu, że pierwotny tekst Konwencji wiedeńskiej o odpowiedzialności cywilnej za szkodę jądrową, a także Protokół dotyczący stosowania Konwencji wiedeńskiej i Konwencji paryskiej weszły w życie jeszcze przed uchwaleniem obowiązującej aż po dziś dzień Konstytucji RP z 1997 r.¹³ (nie dotyczy to zbioru poprawek do Konwencji wiedeńskiej, które władze polskie ratyfikowały już w okresie obowiązywania dzisiejszej Konstytucji). Oznacza to, że chcąc określić hierarchię omawianych aktów prawnych przy zastosowaniu regulacji zawartych w rozdziale III Konstytucji z 1997 r. („Źródła prawa”), należy zbadać najpierw przepisy przejściowe odnoszące się do konwencji zawartych pod reżimem poprzednich ustaw zasadniczych. Stąd też prawnie relewantną intertemporalną regulacją do oceny tej kwestii jest art. 241 ust. 1 Konstytucji z 1997 r., stanowiący iż „umowy międzynarodowe ratyfikowane dotychczas przez Rzeczpospolitą Polską na podstawie obowiązujących w czasie ich ratyfikacji przepisów konstytucyjnych i ogłoszone w Dzienniku Ustaw uznaje się za umowy ratyfikowane za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie i stosuje się do nich przepisy art. 91 Konstytucji, jeżeli z treści umowy międzynarodowej wynika, że dotyczą one kategorii spraw wymienionych w art. 89 ust. 1 Konstytucji”.

Aby zastosować ten artykuł Konstytucji należy na początek zbadać przesłankę wstępną z powyżej zacytowanego przepisu, a mianowicie czy wspomniane wyżej dwie umowy¹⁴ są umowami ratyfikowanymi. Trudność w ocenie sprawia w tym miejscu fakt, iż obydwie z nich Polska zawarła przez przystąpienie (akcesję), która w rozumieniu Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 1969 r. jest czymś innym aniżeli ratyfikacja (jakkolwiek przepisy o ratyfikacji stosuje się odpowiednio do przystąpienia)¹⁵. Obowiązujące w owych czasach Konstytucje¹⁶ nie definiowały tego czym jest ratyfikacja¹⁷ i w jaki sposób powinna zostać dokonana. Nie istniały również wówczas żadne obowiązujące w Polsce akty prawne, które konkretyzowałyby te kwestie, tak jak obecnie ustawa o umowach

¹³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r. (t.j. Dz.U. z 1997, Nr 78, poz. 483 ze zm.).

¹⁴ Tj. Konwencja wiedeńska o odpowiedzialności cywilnej za szkodę jądrową i Protokół dotyczący stosowania Konwencji wiedeńskiej i paryskiej (o odpowiedzialności za szkody jądrowe).

¹⁵ Art. 14 i 15 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów sporządzonej w Wiedniu dnia 23 maja 1969 r.

¹⁶ Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z 22 lipca 1952 r. (t.j. Dz.U. z 1976, Nr 7, poz. 36 ze zm.) oraz Ustawa Konstytucyjna z dnia 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym (t.j. Dz.U. z 1992, Nr 84, poz. 426).

¹⁷ W ówczesnym okresie Konstytucja PRL zawierała jedynie wzmiankę, iż Rada Państwa „ratyfikuje i wypowiada umowy międzynarodowe” (art. 30 ust. 1 pkt 8). Po uchwaleniu w kwietniu 1989 r. tzw. noweli kwietniowej zmieniono pewne normy, decydując w art. 32g ust. 1, iż Prezydent „ratyfikuje i wypowiada umowy międzynarodowe”, a ponadto w ust. 2: „Ratyfikacja umów międzynarodowych pociągających za sobą znaczne obciążenie finansowe państwa lub konieczność zmian w ustawodawstwie wymaga uprzedniej zgody Sejmu”. Również Mała Konstytucja z 1992 r. zawierała w swoim art. 33 przybliżone do noweli kwietniowej treści, (jakkolwiek nieznacznie poszerzone w kilku innych przepisach).

międzynarodowych z 2000 r.¹⁸ Niemniej nie wydaje się, by wąska, literalna interpretacja terminu „ratyfikacja” użytego w art. 241 ust. 1 Konstytucji z 1997 r. była prawidłowa. Z pewnością miałyby ona złe skutki i niektóre umowy międzynarodowe mogłyby zostać uznane za nieratyfikowane, a w związku z tym za nieobowiązujące z racji tego, że Polska do nich jedynie „przystąpiła”. W takiej sytuacji należałoby nawet zakwestionować obowiązywanie w RP jakże istotnej Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów¹⁹. Dlatego też najśluszniejszym rozwiązaniem wydaje się tutaj zastosowanie wykładni dynamicznej Konstytucji, czyli innymi słowy swoistej wykładni funkcjonalnej²⁰ ze zwróceniem uwagi na zasadę autonomiczności pojęć konstytucyjnych²¹. Wykorzystując tę metodę należałoby dojść do wniosku, iż celem art. 241 ust. 1 jest uznanie przez ustrojodawcę umów międzynarodowych obowiązujących jeszcze przed wejściem w życie Konstytucji z 1997 r. za integralną część polskiego systemu prawa. Stąd jeśli Polska przystąpiła do jakiejś umowy, ponieważ taki był wtedy swoisty zwyczaj (by stawać się stroną konwencji w drodze przystąpienia), a skutki owego przystąpienia były takie jak konsekwencje ratyfikacji (*per facta concludentia*), to można uznać, że takie umowy wchodzą w zakres przedmiotowy „umów ratyfikowanych dotychczas przez Rzeczpospolitą” (cyt. za: art. 241 Konstytucji RP z 1997 r.). Dzięki takiej wykładni wspomnianego przepisu nie powinno być wątpliwości odnośnie obowiązywania, jako ratyfikowanego źródła prawa powszechnie obowiązującego, Konwencji wiedeńskiej o odpowiedzialności cywilnej za szkodę jądrową oraz Wspólnego Protokołu dotyczącego stosowania Konwencji wiedeńskiej i Konwencji paryskiej (o odpowiedzialności za szkody jądrowe).

Skoro więc uzasadniona jest teza, iż w odniesieniu do powyższych umów międzynarodowych prawnie relewantny jest art. 241 Konstytucji z 1997 r., pojawia się kwestia związana z ich zakwalifikowaniem w hierarchii źródeł prawa. Jest to zwłaszcza o tyle istotne, że Konstytucja PRL w całym okresie swojego obowiązywania nie przewidywała w ogóle takiej instytucji jak stopniowalność źródeł prawa (co prawa w doktrynie pojawiało się np. stanowisko, że Konstytucja jest nadrzędnym aktem prawa, niemniej nie znajdowało ono bezpośredniego potwierdzenia w jakimkolwiek przepisie)²². Według obecnie obowiązującej Konstytucji, zgodnie z treścią cytowanego już art. 241, będą one miały pierwszeństwo przed ustawami (poprzez odwołanie się do art. 91 Konstytucji z 1997 r.), jeżeli z ich zakresów przedmiotowych będzie wynikać, że obejmują one rodzaje spraw enumeratywnie wymienionych w art. 89 ust. 1 Konstytucji z 1997 r. Jednym z takich stanów faktycznych ujętych w pkt. 5 wspomnianego artykułu Konstytucji jest sytuacja, gdy dana konwencja dotyczy spraw już uregulowanych w jakiejś ustawie. Jako

¹⁸ Ustawa z dnia 14 kwietnia 2000 r. o umowach międzynarodowych (t.j. Dz.U. z 2000, Nr 39, poz. 443 ze zm.).

¹⁹ Oświadczenie rządowe z dnia 31 sierpnia 1990 r. w sprawie przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów, sporządzonej w Wiedniu dnia 23 maja 1969 r. (Dz.U. z 1990, Nr 63, poz. 370).

²⁰ M. Granat, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2016, s. 45.

²¹ *Ibidem*, s. 46.

²² M. Wiącek [w:] *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz do art. 87–243*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 57.

że zarówno w chwili wejścia w życie tych traktatów w stosunku do Polski, jak i obecnie, obowiązywała i dalej obowiązuje ustawa – Prawo atomowe, regulująca również sprawy związane z odpowiedzialnością cywilną za szkody jądrowe (choć w 2000 r. uchwalona całkowicie na nowo), oznacza to, iż umowy te spełniają przesłankę z art. 89 ust. 1 pkt 5 Konstytucji RP z 1997 r. (umowy te dotyczą spraw uregulowanych w ustawie). Dlatego też, zgodnie z art. 91 ust. 2 w związku z art. 241 ust. 1, w razie sprzeczności między ich treścią a przepisami uregulowanymi w ustawie mają one wyższą pozycję w hierarchii źródeł prawa.

3. Podstawowe definicje

Chcąc opisać regulacje określające zasady odpowiedzialności cywilnej za szkody jądrowe powinno się wstępnie stwierdzić czym ta szkoda jest. Według definicji zawartej w art. 100 pkt 5 ustawy – Prawo atomowe szkoda jądrowa może mieć trzy postaci. Jedną z nich to szkoda na osobie, którą art. 444 § 1 k.c. określa jako uszkodzenie ciała lub wywołanie rozstroju zdrowia²³. Zwraca się uwagę, iż konsekwencje oddziaływania promieniowania w postaci szkód na osobie mogą powstać czasem dopiero w trzecim lub czwartym pokoleniu²⁴. Natomiast drugi jej rodzaj to szkoda w mieniu, czyli zasadniczo niedozwolona i zarazem destrukcyjna ingerencja w cudzą własność. Obejmuje ona w swym zakresie wszelkie szkody na prawach majątkowych²⁵. Ponadto Prawo atomowe określa jeszcze trzecią możliwą postać szkody, a mianowicie „szkodę w środowisku jako dobru wspólnym – koszty zastosowanych środków mających na celu przywrócenie stanu środowiska naturalnego, jako dobra wspólnego, sprzed jego naruszenia, chyba że naruszenie jest nieznaczne”. Podmiotem mającym kompetencję do dochodzenia o naprawienie wspomnianego trzeciego rodzaju szkody, zgodnie z art. 105 ust. 3 ustawy – Prawo atomowe, jest minister właściwy do spraw środowiska. Przyjmuje się, że szkoda w środowisku na gruncie Prawa atomowego nie oznacza szkody ekologicznej, a jedynie jest celowo wyszczególnionym na użytek ustawy rodzajem szkody na mieniu²⁶. Oprócz tego w art. 100a ust. 4 Prawa atomowego uznano również za szkodę jądrową „szkodę na osobie, w mieniu lub środowisku jako dobru wspólnym” o ile powstała w związku z zastosowaniem środków zapobiegawczych. Art. 100 pkt 7 Prawa atomowego stanowi, że takie środki to prewencyjne „środki podjęte po wypadku jądrowym celem zapobieżenia szkodzie jądrowej określonej w pkt 5 lub jej zmniejszenia”. Przykładem takiego środka może być np. wyłączenie spod możliwości użycia i pobierania pożytków gruntów rolnych bezpośrednio narażonych na skażenie materiałami promieniotwórczymi w wyniku wycieku nuklearnego z reaktora atomowego w celu stworzenia strefy buforowej, aby uniknąć rozprzestrzenienia się substancji promieniotwórczych przez dany grunt itp. Wtedy właściciel

²³ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2017, poz. 459 ze zm.).

²⁴ B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Szkoda jądrowa na osobie i w mieniu* [w:] *Problemy kodyfikacji prawa cywilnego*, red. S. Sołtysiński, Poznań 1990, s. 306.

²⁵ N. Pelzer, *La responsabilité civile dans le domaine nucléaire au lendemain de l'accident de Tchernobyl – Un point de vue allemand*, Bulletin de droit nucléaire n° 39, 1987, s. 74.

²⁶ R. Majda, *Cywilna odpowiedzialność za szkodę jądrową w nowym prawie atomowym*, PS 6/2002, s. 53.

takiej nieruchomości mógłby domagać się zapłaty odszkodowania za szkodę jądrową mającą postać szkody majątkowej w postaci utraty możliwości zarobkowania (utrata korzyści) na skutek takich działań zapobiegawczych.

Oczywiście, aby stany faktyczne wyczerpujące zakres wymienionych kategorii rodzajowych szkód uznać za szkody jądrowe, muszą one spełnić również przesłankę powstania w wyniku działania promieniowania jonizującego i co istotne, nie w każdym przypadku takiego oddziaływania. Ważne jest również określenie czym jest promieniowanie jonizujące. W słowniku do ustawy – Prawo atomowe ustawodawca zdefiniował to pojęcie, stwierdzając, iż jest to „promieniowanie składające się z cząstek bezpośrednio lub pośrednio jonizujących albo z obu rodzajów tych cząstek lub fal elektromagnetycznych o długości do 100 nm²⁷” (art. 3 pkt 33). Do rodzajów promieniowania zawsze spełniających to kryterium wartościowe należy promieniowanie gamma i promieniowanie X, czyli tzw. promieniowanie rentgenowskie. Nie wyklucza to jednak innych rodzajów promieniowania (o ile oczywiście cechować się one będą wymaganą długością fali). Jak już wcześniej wspomniano, ustawodawca ograniczył z definicji szkodę jądrową tylko do niektórych, konkretnych przypadków szkód wywołanych działaniem promieniowania jonizującego. Otóż art. 100 pkt 5 Prawa atomowego precyzuje, że szkoda może zostać zakwalifikowana jako jądrowa:

w zakresie, w jakim szkoda powstała lub wynika z promieniowania jonizującego emitowanego przez jakiekolwiek źródło promieniowania wewnątrz urządzenia jądrowego lub emitowanego przez paliwo jądrowe, materiały promieniotwórcze, odpady lub materiał jądrowy, pochodzące z urządzenia jądrowego, powstałe w nim lub wprowadzone do niego, jeżeli wynikają one z właściwości promieniotwórczych tej substancji lub z połączenia właściwości promieniotwórczych z trującymi, wybuchowymi lub innymi niebezpiecznymi właściwościami takiej substancji.

Norma wyprowadzana z tego fragmentu stanowi więc, że szkoda musi mieć swoje źródło albo bezpośrednio wewnątrz urządzenia jądrowego, albo przedmiot szkody, nawet gdy wydarzyła się ona poza urządzeniem jądrowym, musi z tego urządzenia pochodzić, tzn. musiało mieć wcześniej z nim styczność (np. w formie paliwa jądrowego lub odpadów radioaktywnych).

Pojęcie urządzenia jądrowego zostało wyszczególnione w art. 100 pkt 1 ustawy – Prawo atomowe. Przepis ten stanowi, iż: „urządzenie jądrowe [to]: a) reaktor jądrowy, z wyjątkiem reaktora wykorzystywanego w środkach transportu morskiego lub lotniczego jako źródło mocy bądź napędu, bądź w innym celu, b) zakład używający paliwa jądrowego do produkcji materiału jądrowego lub zakład przetwarzania materiału jądrowego, łącznie z zakładem przerobu wypalonego paliwa jądrowego, c) urządzenie, w którym jest przechowywany lub składowany materiał jądrowy, z wyjątkiem przechowywania związanego z przewozem takiego materiału”. Przesłankę z litery a spełnia w Polsce tylko jeden obiekt, a mianowicie Reaktor Maria będący reaktorem doświadczalnym w Narodowym Centrum Badań Jądrowych w Świerku pod Warszawą. Z kolei przesłanki z lit. b i c wprowadzają pojęcie materiału jądrowego. Ów termin poddano

²⁷ 1 nanometr = 10⁻⁹ metra.

zdefiniowaniu w art. 100 pkt 4, w którym to ogranicza się jego zakres do dwóch kategorii. Do pierwszej należy paliwo jądrowe (czyli w praktyce najczęściej wzbogacone izotopy uranu oraz wytworzone w sposób sztuczny izotopy plutonu), jakkolwiek ustawodawca wyłączył spod tej definicji uran naturalny oraz uran zubożony. Decyzja, aby pozostawić je poza ramami przepisu wynikała zapewne z faktu, iż zarówno uran naturalny (czyli nieprzetworzony występujący w rudzie minerału), jak i uran zubożony (powstały w procesie wzbogacania uranu produkt uboczny), mają na tyle niską aktywność promieniotwórczą, że uznawanie ich za szczególnie niebezpieczne dla człowieka byłoby przesadą²⁸. Do drugiej grupy zaliczono z kolei produkty uboczne z procesów wytwarzania i wykorzystywania paliwa jądrowego. Trzeba jednakże zwrócić uwagę na fakt, iż w świetle ustawowej definicji materiałem jądrowym nie może być materiał pochodzący z zakładu medycyny nuklearnej, a co za tym idzie, co do zasady szkoda wywołana przez zakład medycyny nuklearnej lub laboratorium badawcze²⁹ w związku z działaniem promieniowania jonizującego, nie zostanie zakwalifikowana jako jądrowa.

Konwencja wiedeńska o odpowiedzialności cywilnej za szkodę jądrową (dalej jako: Konwencja) po jej znowelizowaniu w 1997 r.³⁰ definiuje w art. 1 ust. 1 pkt k w nieco inny sposób szkodę jądrową aniżeli polska ustawa – Prawo atomowe. Przesłanka powstania szkody „w zakresie obejmującym stratę lub szkodę powstałą lub wynikającą z promieniowania jonizującego, emitowanego przez jakiekolwiek źródło promieniowania wewnątrz urządzenia jądrowego lub emitowanego przez paliwo jądrowe, materiały promieniotwórcze, odpady lub materiał jądrowy, pochodzące z urządzenia jądrowego, powstałe w nim lub wprowadzone do niego, jeżeli wynikają one z właściwości promieniotwórczych tej substancji lub z połączenia właściwości promieniotwórczych z trującymi, wybuchowymi lub innymi niebezpiecznymi właściwościami takiej substancji” jest niemal identyczna jak w ustawie polskiej. Jednakże katalog szkód, ze względu na ich postać wymienioną w punktach i-vii, na pierwszy rzut oka wydaje się szerszy. Zdaniem autora teza taka jest jednak nieprawdziwa, gdyż w zasadzie każdy z tych punktów można by zakwalifikować jako podpadający pod którąś z trzech kategorii wyliczonych w polskiej ustawie, a w jednym przypadku został doprecyzowany w art. 100a ust. 4 ustawy – Prawo atomowe. Przyczyna takiego kazuistycznego wyszczególnienia tylu rodzajów szkód w Konwencji jest zapewne związana z międzynarodowym charakterem aktu prawnego. Chodziło zapewne o to, aby przepis można było zastosować wobec wszelkich możliwych systemów prawa cywilnego. Uważa się, że najlepszym sposobem na to może być właśnie jego kazuistyczność.

Nie jest jednak tak, że rozbieżności w obu definicjach – traktatowej i ustawowej – nie ma żadnej. Otóż dotyczy ona definicji jednego z pojęć użytych w art. 1 ust. 1 lit. k, a więc w tym przypadku pojęcia „urządzenie jądrowe”. Konwencja szerzej niż polska ustawa rozumie to pojęcie, dodając jedną nową kategorię w art. 1 ust. 1 lit. j pkt iv, nieznajdującą odpowiednika w prawie polskim, a mianowicie „inne urządzenia [niż w punktach i, ii, iii],

²⁸ Co interesujące, w USA uran zubożony jest wykorzystywany do produkcji konwencjonalnych pocisków do czołgów. Jego radioaktywność jest na tyle mała, że uznano, iż zastosowanie uranu zubożonego w takim celu nie stanowi niebezpieczeństwa dla ludzi.

²⁹ R. Majda, *op.cit.*, s. 57.

³⁰ Wobec RP owe poprawki zaczęły obowiązywać w 2011 r.

w których znajduje się paliwo jądrowe, materiały promieniotwórcze lub odpady, jakie określili od czasu do czasu Rada Zarządzających Międzynarodowej Agencji Energii Atomowej”. Oznacza to, że w tym zakresie ustawa nie implementuje w pełni przepisów traktatowych, co zmuszałoby ewentualnego powoda, którego stan faktyczny podpadałby pod zakres punktu iv, do bezpośredniego powołania się na ów punkt wspomnianej Konwencji. Poza tym żadnych innych różnic między obydwoma aktami, jeśli chodzi o zagadnienie interpretacji pojęcia szkody, nie ma. Zauważyć trzeba także to, iż zarówno w polskiej ustawie, jak i w Konwencji odpowiedzialność cywilna nie obejmuje szkód wywołanych działaniem broni jądrowej i działaniem urządzeń jądrowych wykorzystywanych w celach niepokojowych. Wynika to z brzmienia art. IB Konwencji, a także art. 1 pkt 1 ustawy – Prawo atomowe.

Art. 100a ust. 1 ustawy – Prawo atomowe stanowi, że „naprawienie szkody jądrowej następuje na zasadach określonych w przepisach Kodeksu cywilnego, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w niniejszej ustawie”. Co do zasady powinno się więc zastosować art. 363 k.c. Ustawa – Prawo atomowe statuuje jednak szczególne regulacje, które – zgodnie z zasadą *lex specialis derogat legi generali* – uniemożliwiają oparcie zasad naprawienia szkody deliktowej jedynie na Kodeksie cywilnym. Wynika z tego, że należy tutaj mieć na uwadze obydwie ustawy³¹, w razie sprzeczności nadając pierwszeństwo Prawu atomowemu. Dokonując interpretacji tych przepisów stwierdzić należy, że co do zasady naprawienie szkody przez jej sprawcę powinno nastąpić według wyboru poszkodowanego, tzn. albo przez przywrócenie stanu poprzedniego, albo przez zapłatę odpowiedniej sumy pieniężnej (art. 363 § 1 zd. 1 k.c.). Niemniej w przypadku naprawienia szkody w środowisku naturalnym jako dobru wspólnym, dłużnik nie ma takiego wyboru i jest zobowiązany do zwrotu „kosztów środków przywracających stan środowiska naturalnego sprzed jego naruszenia zastosowanych przez upoważnione do tego organy lub na podstawie ich decyzji przez inne podmioty” (art. 100a ust. 2 ustawy – Prawo atomowe). Gdyby ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie tego przepisu, teoretycznie – zgodnie z ogólną regułą – dłużnik deliktowy mógłby zostać przez poszkodowanego zmuszony do restytucji stanu poprzedniego (zawsze jednak miałyby prawo wznieść, że powoduje to dla niego nadmierne trudności, zgodnie z 363 § 1 zd. 2 k.c.). U podstaw tej regulacji szczególnej leży fakt, że szkody jądrowe w środowisku są szczególnie dotkliwe i ich usunięcie wymaga specjalistycznego sprzętu, a w przypadku większych szkód jądrowych również nierzadko władztwa administracyjnego (choćby w celu wysiedlenia ludności ze skażonych terenów). Zatem obowiązek ten w stosunku do środowiska naturalnego wzięło na siebie, co do zasady, państwo poprzez „upoważnione do tego organy lub na podstawie ich decyzji przez inne podmioty” (art. 100a ust. 2 ustawy – Prawo atomowe). Ponadto w ust. 3 cytowanego wyżej przepisu precyzuje się, iż „naprawienie szkody jądrowej obejmuje także zwrot kosztów środków zapobiegawczych”.

4. Zasady odpowiedzialności

W przypadku odpowiedzialności za szkodę jądrową podstawą roszczenia deliktowego będzie art. 101 ust. 1 ustawy – Prawo atomowe, stanowiący, że „osoba eksploatująca

³¹ N. Tucholska, *Odpowiedzialność w prawie atomowym za szkodę jądrową w środowisku*, Przegląd prawa ochrony środowiska 2/2011, teza nr 2 144667/2 (baza Lex).

ponosi wyłączną odpowiedzialność za szkodę jądrową spowodowaną wypadkiem jądrowym w urządzeniu jądrowym lub związaną z tym urządzeniem, chyba że szkoda nastąpiła bezpośrednio wskutek działań wojennych lub konfliktu zbrojnego”. Jest to przepis szczególnie wobec art. 435 § 1 k.c. Oznacza to, że w omawianym przypadku ustawodawca przewidział odpowiedzialność na zasadzie ryzyka, a więc nie jest prawnie relewantna wina osoby eksploatującej. Odpowiedzialność tę można więc nazwać absolutną³², co zgadza się z art. IV ust. 1 Konwencji wiedeńskiej o odpowiedzialności cywilnej za szkodę jądrową. Niemniej wyłączają ją szkody o charakterze wojennym. Powstaje jednak pytanie czy zamach terrorystyczny w rozumieniu art. 140 § 1 k.k.³³ także wchodzi w zakres takich cywilnoprawnych okoliczności egzoneracyjnych. Według jednego z przedstawicieli doktryny pozytywna odpowiedź na tak postawione pytanie jest niemożliwa³⁴. Autor niniejszego artykułu nie kwestionuje tej tezy. Dodać jednak należy, że nie musi tu chodzić o konflikt zbrojny, którego stroną jest Polska. Istotne jest jedynie, by w bezpośrednim związku przyczynowym z tym konfliktem zbrojnym pozostawała powstała szkoda jądrowa. Ponadto należy zdefiniować kim jest osoba eksploatująca. Art. 100 pkt 9 ustawy – Prawo atomowe stanowi, że jest „podmiot eksploatujący urządzenie jądrowe”, czyli teoretycznie na gruncie tej ustawy może to być zarówno osoba fizyczna, a także osoba prawna, jak i tzw. ułomna osoba prawna.

Ważnym aspektem jest też to, iż skoro odpowiedzialność ta jest nazwana „wyłączną”, co do zasady wyłączona jest tutaj odpowiedzialność na zasadzie winy z art. 415 k.c. i nie ma prawa do regresu z art. 441 § 1 k.c. Polski ustawodawca nie stworzył przepisu, który bezpośrednio wyłączałby regres, ale istnieje art. X Konwencji wiedeńskiej o odpowiedzialności cywilnej za szkodę jądrową, który pozbawia takiej możliwości. Niemniej przepis ten formułuje dwa wyjątki od tej reguły. Wedle Konwencji pierwszy przypadek zachodzi wtedy, „jeżeli jest to wyraźnie przewidziane przez umowę zawartą na piśmie”. Polska ustawa w zasadzie nie zawiera takiego ogólnego przepisu, stąd osoba eksploatująca mogłaby jedynie taką umowę zawrzeć na podstawie Konwencji. Drugi przypadek zachodzi, jeśli „wypadek jądrowy zaistniał w wyniku działania lub zaniechania, popełnionych z zamiarem wyrządzenia szkody; prawo to przysługuje wobec osoby fizycznej, która z takim zamiarem działała lub zaniechała działania”. Ta regulacja została uwzględniona w art. 101 ust. 3 ustawy – Prawo atomowe, o którym będzie mowa w dalszej części tekstu (niemniej polski ustawodawca nie nazwał owej instytucji regresem, ale funkcjonalnie pełni ona właściwie taką rolę).

Istnieje również względnie obowiązujący art. 101 ust. 2 ustawy – Prawo atomowe, który obarcza odpowiedzialnością za szkodę powstałą podczas transportu materiałów jądrowych osobę eksploatującą urządzenie jądrowe, z którego je wywieziono. Można postawić w tym miejscu pytanie, co dzieje się wtedy, gdy wysłano je z obiektu niebędącego urządzeniem jądrowym w rozumieniu wspomnianej ustawy (czego ustawodawca

³² J. Ciechanowicz-MacLean, *Międzynarodowe prawo ochrony środowiska*, Warszawa 2001, s. 168.

³³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (t.j. Dz.U. z 2016, poz. 1137 ze zm.).

³⁴ R. Majda, *op.cit.*; wg R. Majdy: „nie można, stosując rozszerzającą interpretację, objąć zakresem okoliczności eksoneracyjnych także ataku terrorystycznego. Atak taki nie jest bowiem ani przejawem działań wojennych, ani też wewnętrznego konfliktu” – cytat z elektronicznej bazy Lex.

nie sprecyzował). Rozwiązanie tego problemu nie nastręcza trudności, gdyż w świetle omówionego już art. 100 pkt 4 ustawy – Prawo atomowe, materiałem jądrowym jest paliwo jądrowe lub substancje powstałe w procesie jego przetwarzania. Jeśli paliwo jądrowe rozumieć jako materiał bezpośrednio zdalny do wywołania reakcji łańcuchowej, to przy obecnej wiedzy o przyrodzie nigdy nie będzie to materiał naturalny i zawsze będzie musiał ulec przetworzeniu w zakładzie wzbogacania rud itp., który o ile produkuje materiały jądrowe, spełnia przesłankę bycia urządzeniem jądrowym z art. 100 pkt 1 lit. b ustawy – Prawo atomowe³⁵. W związku z tym, odpowiadając na zadane pytanie, nie ma w ogóle takiej możliwości, aby materiał jądrowy w rozumieniu ustawowym, jeśli jest transportowany, nie był transportowany z obiektu będącego jednocześnie urządzeniem jądrowym. Z kolei art. 101 ust. 3 ustawy – Prawo atomowe zawiera normę o możliwości zmniejszenia lub całkowitej redukcji obowiązku naprawienia szkody w razie przyczynienia się poszkodowanego. Regulacja ta jest w swej treści podobna do art. 362 k.c., niemniej w jej przypadku zakres zastosowania przepisu jest węższy, ponieważ poszkodowany musi umyślnie przyczynić się do powstania szkody. Jest to więc niezbyt częsty przypadek w polskim prawie cywilnym, gdy uzależnia się aplikację danej normy deliktowej w zależności od umyślności danego zachowania.

Art. 102 ustawy – Prawo atomowe ogranicza odpowiedzialność cywilną osoby eksploatującej za szkodę jądrową do przeliczonej na złote polskie wartości 300 000 000 SDR³⁶. Jest to zatem bardzo duża kwota³⁷ i spłata takich zobowiązań, nawet jeśli jej nie przekraczają, może być obciążająca. Stąd też ustawodawca w art. 103 ust. 1 ustawy – Prawo atomowe wobec osób eksploatujących przewidział obowiązek zawarcia umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej za wyrządzoną szkodę jądrową (terminy jego zawarcia ujęto w ust. 3 art. 103). Natomiast, zgodnie z ust. 2 tego przepisu, osoba eksploatująca musi również zawrzeć osobną umowę ubezpieczenia za szkodę jądrową powstałą w czasie transportu. Obowiązek ten istnieje o ile oczywiście z danego urządzenia jądrowego materiały jądrowe są w ogóle transportowane. Powstaje on „nie później niż w dniu poprzedzającym dzień rozpoczęcia transportu materiału jądrowego z urządzenia jądrowego” (art. 103 ust. 4 ustawy – Prawo atomowe). Zawarcie przez osobę eksploatującą ubezpieczenia na czas transportu jest obligatoryjne także w przypadku istnienia umowy przenoszącej odpowiedzialność cywilną eksploatującego, na którą zezwala art. 101 ust. 2 ustawy – Prawo atomowe³⁸. Co istotne, wedle art. 103a ust. 1 ustawy – Prawo atomowe „osoba eksploatująca urządzenie jądrowe, z którego ma zostać wysłany materiał jądrowy, jest obowiązana przekazać jednostce organizacyjnej dokonującej jego

³⁵ Stąd sam ustawodawca zapewne dla usunięcia ewentualnych wątpliwości wyłączył uran naturalny spod zakresu definicji materiału jądrowego w art. 100 pkt 4 lit. A.

³⁶ Na dzień 29.11.2017 r. jest to ok. 1 502 040 000 PLN, <http://www.nbp.pl/home.aspx?f=/kursy/kursy.html>, 29.11.2017.

³⁷ Jeżeli łączna wartość szkody przekroczy tę kwotę, wtedy za art. 102 ust. 2 ustawy – Prawo atomowe ustanawia się fundusz ograniczenia odpowiedzialności, który tworzony jest na podstawie odpowiednio stosowanych przepisów Kodeksu morskiego o ograniczeniu odpowiedzialności za szkody morskie.

³⁸ R. Majda, *op.cit.*, s. 56; według R. Majdy nie chodzi tu o przeniesienie pełnej odpowiedzialności, a o przyznanie prawa do umownego roszczenia zwrotnego – swoistego umownego regresu w razie wystąpienia szkody.

transportu wystawiony przez zakład ubezpieczeń dokument potwierdzający spełnienie obowiązku zawarcia umowy ubezpieczenia, o którym mowa w art. 103 ust. 2”.

Organy dozoru jądrowego mają prawo do kontroli wypełnienia obowiązku zawarcia umowy ubezpieczenia (art. 103 b ust. 1 ustawy – Prawo atomowe). Sankcją za niewypełnienie tego obowiązku jest wniesienie opłaty na „rzecz budżetu państwa w wysokości 20% minimalnej sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia” (sumę tą konkretyzują przepisy art. 103 ust. 6–10 ustawy – Prawo atomowe). Co ważne, nie daje to zwolnienia z obowiązku zawarcia umowy ubezpieczenia (art. 103b ust. 3 ustawy – Prawo atomowe). Jako że jest to kara administracyjna, w razie jej niewykonania podlega ona egzekucji administracyjnej. Istotną kwestią jest również to, że w art. 104 ust. 1 zezwolono na dochodzenie szkody bezpośrednio od ubezpieczyciela, co jest niewątpliwym udogodnieniem przyspieszającym naprawienie szkody. Zgodnie z art. 103 ust. 3 ustawy – Prawo atomowe Skarb Państwa ponosi subsydiarną odpowiedzialność za szkody jądrowe, niemniej jest ona ograniczona kwotowo do wysokości 300 000 000 SDR. Ponadto ma ona miejsce tylko, jeżeli nie doszło zaspokojenia w pełni szkody przez ubezpieczyciela. Przepis ten to w swej istocie implementacja art. VIII ust. 1 lit. a Konwencji wiedeńskiej o odpowiedzialności cywilnej za szkodę jądrową.

Ustawodawca stworzył również w art. 105 ustawy – Prawo atomowe szczególny reżim przedawnienia dla szkód jądrowych w stosunku do art. 442¹ § 1 i § 2 k.c. Dla roszczeń o naprawienie szkód jądrowych na osobie nie przewidziano w ogóle możliwości przedawnienia. Z kolei w przypadku roszczeń o naprawienie szkody jądrowej w mieniu lub w środowisku termin przedawnienia wynosi 3 lata od dnia, „w którym poszkodowany dowiedział się lub powinien był się dowiedzieć o szkodzie i osobie odpowiedzialnej. Jednakże roszczenie wygasa z upływem dziesięciu lat od dnia wypadku jądrowego”. Jeśli roszczenie wygasa, chodzi tu raczej o termin prekluzyjny niż termin przedawnienia, a przynajmniej tak wynikałoby z językowej wykładni tej normy prawnej³⁹. Pojawia się jednak problem, czy art. 105 ustawy o Prawie atomowym jest *lex specialis* również wobec art. 442¹ § 3 i § 4 k.c. Gdyby tak było, to znaczy jeśli także i do wchodzących w zakres tych dwóch przepisów stanów faktycznych należy stosować Prawo atomowe, to okazałoby się to niekorzystne dla małoletnich, a ponadto skróciło czasowo możliwość dochodzenia roszczeń w przypadku powstania szkody jądrowej w wyniku przestępstwa, np. zamachu terrorystycznego. Biorąc pod uwagę te czynniki autor uważa, iż należy do rozwiązania tej kwestii należy wykorzystać wykładnię funkcjonalną i stwierdzić, że art. 105 ustawy o Prawie atomowym nie jest *lex specialis* wobec art. 442¹ § 3 i § 4 k.c. W związku z tym te dwa przepisy stosowane są także w stosunku do stanów faktycznych podpadających pod delikty związane ze szkodami jądrowymi zgodnie z art. 107 ustawy – Prawo atomowe, który stanowi, iż „w sprawach odszkodowań, w zakresie nieuregulowanym w niniejszym rozdziale, stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego”. Z punktu widzenia stosunku omawianych przepisów do całego systemu prawa warto także zwrócić uwagę na art. 108 ustawy – Prawo atomowe, z którego treści jednoznacznie wynika, że uregulowania rozdziału 12 ustawy – Prawo atomowe nie wyłączają zastosowania „przepisów o świadczeniach z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych”.

³⁹ T. Pałdyna, *Przedawnienie w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 2012, rozdział II.1.1 (baza Lex).

Ustawa – Prawo atomowe zawiera również przepis uzupełniający wobec art. 17 k.p.c.⁴⁰, a mianowicie art. 106 ust. 1, który konstytuuje, że sprawy związane z dochodzeniem roszczeń z tytułu szkody jądrowej należą do właściwości rzeczowej sądów okręgowych. Ustawodawca zawarł ponadto w powyżej wymienionym artykule ust. 2, który stanowi, iż do opisanych w rozdziale 12 spraw prawnie relewantne są regulacje k.p.c. Przyznać trzeba, że nie jest to niezbędny przepis z racji tego, iż stosowanie k.p.c. wynikałoby tu i tak wprost z treści art. 1 k.p.c., jako że przedmiotem omawianych sporów są sprawy podpadające pod definicję sporów cywilnych w znaczeniu materialnym⁴¹. Z kolei artykuł 106 ust. 3 ustawy – Prawo atomowe odnosi się do jurysdykcji cywilnej w przypadku szkody powstałej poza granicami Polski, odsyłając do tekstu Konwencji wiedeńskiej o odpowiedzialności cywilnej za szkodę jądrową. Do zakresu przepisów tejże Konwencji odnoszących się do tego zagadnienia należą art. V C, XI, XI A, XII, XIV.

5. Podsumowanie

Oprócz niezliczonej ilości szans, jaką daje ludzkości promieniowanie jonizujące, istnieją również pewne zagrożenia związane z jego wykorzystaniem. Człowiek jest jednak zdolny opanować te ryzyka, stosując odpowiednie metody kontroli i nadzoru, przede wszystkim o charakterze prewencyjnym. Stąd też istnieje ogólnoswiatowa tendencja do tworzenia osobnych aktów prawnych obejmujących swym zakresem treściowym możliwie szerokie spektrum kwestii związanych z regułami postępowania wobec promieniowania jonizującego. Takie akty prawne mają wysoce interdyscyplinarny charakter, gdyż muszą łączyć wiedzę naukową, inżynierską oraz sztukę legislacyjną. Niezwykle istotny aspekt tej swoistej gałęzi prawa, jaką jest prawo atomowe, to zagadnienie odpowiedzialności cywilnej za szkody wywołane oddziaływaniem promieniowania jonizującego. Na terenie Rzeczypospolitej Polskiej na chwilę obecną co do zasady kwestię tę regulują dwa fundamentalne akty prawne. Pierwszy z nich to mająca charakter międzynarodowy Konwencja wiedeńska o odpowiedzialności cywilnej za szkodę jądrową z 1963 r., natomiast drugim jest krajowa ustawa – Prawo atomowe z 2000 r., a konkretnie jej rozdział 12. Na podstawie treści rozdziału III Konstytucji RP z 1997 r. oraz w związku z jej przejściowym art. 241 ust. 1, w razie sprzeczności między Konwencją a ustawą, pierwszeństwo należy nadać Konwencji. Ponadto Polska jest także stroną Wspólnego protokołu dotyczącego stosowania Konwencji wiedeńskiej i Konwencji paryskiej (o odpowiedzialności za szkody jądrowe).

Przepisów o odpowiedzialności cywilnej za szkody jądrowe nie stosuje się do każdej szkody wywołanej promieniowaniem jonizującym, gdyż zarówno ustawa, jak i Konwencja wiedeńska ograniczają ją do konkretnych przypadków, wydzielonych według klucza największej szkodliwości (tzn. źródło promieniowania musi pochodzić z urzędu jądrowego lub w nim przynajmniej powstać). Szkada taka może mieć postać zarówno szkody na mieniu, na osobie, jak i szkody w środowisku jako w dobru wspólnym.

⁴⁰ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2016, poz. 1822 ze zm.).

⁴¹ A. Marciniak [w:] A. Marciniak, K. Piasecki, *Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz. Art. 1–366*, Warszawa 2016, s. 18–19.

Odpowiedzialność ponosi, co do zasady, tylko i wyłącznie osoba eksploatująca urządzenie jądrowe. Oznacza więc to, iż przypisano jej odpowiedzialność na zasadzie ryzyka, którą wyłącza jedynie szkoda spowodowana konfliktem zbrojnym lub ewentualne przyczynienie się poszkodowanego. Ponadto ustawodawca przewidział w stosunku do eksploatującego urządzenia jądrowe obowiązek zawarcia umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej za szkody jądrowe.

Z pewnością tematyka odpowiedzialności cywilnej za szkody jądrowe jest rzadko poruszana w polskiej nauce prawa cywilnego, na co składa się wiele czynników. Niemniej jest to niewątpliwie bardzo istotna kwestia, gdyż dotyczy ona jednych z najbardziej szkodliwych w swych skutkach dla człowieka szkód. Zatem w interesie wszystkich obywateli byłoby najlepiej, gdyby nigdy nie doszło na terenie Polski do zdarzenia, które będzie podpadać pod prawne rozumienie szkody jądrowej. Pewną wadą omawianego stanu prawnego jest brak jednolitości między pewnymi przepisami Konwencji wiedeńskiej o odpowiedzialności cywilnej za szkodę jądrową i ustawy – Prawo atomowe. Nie zachodzi tu co prawda obowiązek implementacji, jak w przypadku dyrektyw unijnych, jakkolwiek nie oznacza to, że taka sytuacja jest pożądana z punktu widzenia podmiotów prawa. Zdecydowanie korzystniej byłoby, gdyby ustawodawca wyeliminował ewentualne problemy interpretacyjne, dostosowując w pełni akt niższej rangi do aktu wyższej rangi. Uwzględnienie tego postulatu zarówno w odniesieniu do omawianych źródeł prawa, jak i całego systemu prawa, z pewnością przyczyniłoby się do wzrostu jakości legislacji w Polsce.

* * *

Civil Liability for Nuclear Damages as a Special Kind of Tortious Liability in the Polish Legal System

Civil liability for nuclear damage is regulated both in treaties and in domestic law of Poland. Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage of 1963 as well as Nuclear Law Act of 2000 are the most important binding legal regulations in this field in Poland. In case of any contradiction between them, the primacy of the Convention shall be applied. Possible nuclear damages are: personal injury, damage to property and environmental damage. The only one who shall be liable for nuclear damage is the operator of a particular nuclear object (except damages caused by any armed conflict). This liability is limited in terms of a sum of money. The operator of a nuclear object is also obliged to have insurance policy in case of occurrence of any nuclear damage. What is important, environmental damage has to be paid off in cash. The task of disposing this damage is committed to the government. Besides, there are some special provisions towards the rules of the Civil Code, which determine terms of expiration of claims.

Key words: nuclear law, civil liability for nuclear damages, nuclear object, nuclear material, civil liability insurance against the consequences of civil liability for nuclear damages

Adam Kozień¹

Pogranicza ochrony zabytków nieruchomych oraz dóbr kultury współczesnej w planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym

Streszczenie:

W artykule dokonano holistycznej analizy źródeł prawa powszechnie obowiązującego w Polsce, które regulują sytuację prawną zabytków i dóbr kultury współczesnej w planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Poruszono problematykę autentyczności i integralności, a także adaptacyjności zabytków w kontekście planowania i zagospodarowania przestrzennego. Dostrzeżono również rozbieżności w ochronie zabytków i dóbr kultury współczesnej. Na podstawie tej analizy sformułowano uwagi *de lege ferenda* poprzez zaprezentowanie konkretnych problemów, które wymagają rozwiązania przez ustawodawcę, a także wskazanie propozycji zmiany obecnego stanu w tych kwestiach poprzez udoskonalenie i znowelizowanie niektórych przepisów źródeł prawa powszechnie obowiązującego w Polsce.

Słowa kluczowe: dobro kultury współczesnej, prawna ochrona, zabytek, planowanie i zagospodarowanie przestrzenne

1. Wstęp

Dobra kultury, a wśród nich zabytki nieruchome, są ważnym świadectwem kultury, tradycji i historii minionych pokoleń. Ich zachowywanie i ochrona jest kluczowa dla zachowania tożsamości narodowej i kulturowej, co wynika z postanowień Preambuły,

¹ Autor jest studentem IV roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

a także art. 5 Konstytucji RP². Jak zauważa P. Dobosz: „Zabytki, to bowiem z jednej strony »pamiętki przeszłości«, świadectwo dziejów ojczystych czy dowód tożsamości narodowej, a z drugiej strony, nierzadko także dzieła sztuki, wspaniałe pomniki kunsztu ludzkiego”³. K. Zeidler uważa, że „już samo uznanie czegoś za dobro implikuje jego co najmniej indywidualną wartość jak też ochronę prawną”⁴. Zatem konieczna jest systematyczna i holistyczna ochrona zabytków. Wśród zabytków szczególne miejsce zajmują zabytki nieruchome, narażone w znacznej mierze na działalność właścicieli i inwestorów, którzy przez swoje zachowania mogą doprowadzić do utraty przez dany zabytek wartości takich jak autentyczność i integralność. Z tego względu bardzo ważne jest zapewnienie odpowiedniej ochrony zabytków nieruchomych w procesie inwestycyjnym, a także w studiach i planach zagospodarowania przestrzennego. Szczególny reżim prawny dotyczy dóbr, a także miast wpisanych na Listę Światowego Dziedzictwa Kulturowego i Naturalnego UNESCO. Należy wskazać, iż oprócz ochrony samego zabytku nieruchomego kluczowa jest także ochrona i właściwe zagospodarowanie przestrzenne okolic zabytku, czyli tzw. strefy buforowej. Nie ulega wątpliwości, że w miejscowych planach zagospodarowania przestrzennego oraz w procesie inwestycyjnym należy brać pod uwagę szczególnie walor autentyczności, czyli zachowania zabytkowego charakteru, jak również integralności, czyli ochrony unikatowości, a także kontekstu historyczno-kulturowego, uwzględniających otoczenie danego zabytku. Inwestycje umożliwiają rozwój miast i miejscowości, ale nie mogą doprowadzić do naruszenia ich historycznej tkanki, która stanowi centralny punkt, a także namacalne źródło tożsamości miast, miejscowości oraz zamieszkujących je społeczności.

Celem artykułu jest wskazanie systemu ochrony zabytków nieruchomych i dóbr kultury współczesnej w planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, jak również sformułowanie w tym zakresie uwag *de lege ferenda*.

2. Pojęcia „zabytek nieruchomy” i „dobro kultury współczesnej”

Ustawodawca w art. 3 pkt 1 ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami definiuje pojęcie zabytku jako: „nieruchomość lub rzecz ruchomą, ich części lub zespoły, będące dziełem człowieka lub związane z jego działalnością i stanowiące świadectwo minionej epoki bądź zdarzenia, których zachowanie leży w interesie społecznym ze względu na posiadaną wartość historyczną, artystyczną lub naukową”⁵. Natomiast zabytkiem nieruchomym, zgodnie z art. 3 pkt 2 ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, jest „nieruchomość, jej część lub zespół nieruchomości, o któ-

² Preambuła Konstytucji RP: „zobowiązani, by przekazać przyszłym pokoleniom wszystko, co cenne z ponad tysiącletniego dorobku, złączeni więzami wspólnoty z naszymi rodakami rozsianymi po świecie”. Art. 5 Konstytucji RP: „Rzeczpospolita (...) strzeże dziedzictwa narodowego”. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997, Nr 78, poz. 483 ze zm.).

³ P. Dobosz, *Administracyjnoprawne instrumenty kształtowania ochrony zabytków*, Kraków 1997, s. 60.

⁴ K. Zeidler, *Prawo ochrony dziedzictwa kultury*, Warszawa – Kraków 2007, s. 43.

⁵ Ustawa z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (t.j. Dz.U. z 2018, poz. 2067 ze zm.); dalej jako: u.o.z.o.z.

rych mowa w pkt 1 [definicja zabytku]”⁶. Należy zatem podkreślić, że pojęcie „zabytek nieruchomy” jest pojęciem zakresowo węższym od terminu „zabytek”.

Pojęcie „dobro kultury współczesnej” nie jest zdefiniowane w ustawie o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, tylko w ustawie z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym⁷. Ustawodawca w art. 2 pkt 10 ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym podaje następującą definicję legalną „dobra kultury współczesnej”: „niebędące zabytkami dobra kultury, takie jak pomniki, miejsca pamięci, budynki, ich wnętrza i detale, zespoły budynków, założenia urbanistyczne i krajobrazowe, będące uznanym dorobkiem współcześnie żyjących pokoleń, jeżeli cechuje je wysoka wartość artystyczna lub historyczna”⁸. Należy zatem podkreślić, że ustawodawca dla celów planowania i zagospodarowania przestrzennego rozszerza ochronę na dobra kultury, które nie są chronione na mocy ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, a są uznanym dorobkiem współczesnych pokoleń, także ważnym z punktu widzenia tożsamości współczesnych społeczności. Bez wprowadzenia przez polskiego ustawodawcę pojęcia „dobro kultury współczesnej” niemożliwa byłaby ochrona współczesnych zabytków nieruchomych, ponieważ ochrona na gruncie u.o.z.o.z. dotyczy zabytków stanowiących świadectwo minionej epoki bądź zdarzenia, a ponadto ich zachowanie musi leżeć w interesie społecznym „ze względu na posiadaną wartość historyczną, artystyczną lub naukową”⁹. Analiza semantyczna legalnej definicji zabytku pozwala stwierdzić, że aby dane dobro zostało uznane za zabytek, musi stanowić świadectwo minionej epoki bądź zdarzenia. Biorąc pod uwagę powyższe, należałoby albo zmienić definicję zabytku z u.o.z.o.z. poprzez rozszerzenie jej zakresu pojęciowego o zabytki współczesne, co wydaje się niecelowe, ponieważ może doprowadzić do znacznego powiększenia się liczby zabytków, które obiektywnie nie będą zasługiwały na taki status, albo dokonać zmiany pojęciowej w u.p.z.p. Warto zauważyć, że ustawodawca zdecydował się wprowadzić pojęcie „dobro kultury współczesnej” do u.p.z.p., więc dobra te powinny być uwzględniane tylko w procesach planistycznych i inwestycyjnych, a zatem najbardziej ingerujących w ład przestrzenny. Można rozważyć, czy w u.p.z.p. nie powinna znaleźć się definicja zabytku kultury współczesnej zamiast dobra kultury współczesnej, co byłoby właściwe z punktu widzenia systemu prawa oraz lepiej korespondowałoby z u.o.z.o.z., zwłaszcza że desygnaty definicji „dobro kultury współczesnej” wyrażonej w u.p.z.p. obejmują tylko dobra materialne. Wówczas pojęcie zabytku kultury współczesnej byłoby zasadne z punktu widzenia planowania i zagospodarowania przestrzennego i tylko w tym zakresie dochodziłoby do rozszerzenia ochrony zabytków, wynikającej z u.o.z.o.z. Ponadto wprowadzenie pojęcia zabytku kultury współczesnej zamiast dobra kultury współczesnej byłoby właściwe z perspektywy kompetencji wojewódzkiego konserwatora zabytków. Obecny stan powoduje niespójność systemu prawnego i niepotrzebnie wprowadza chaos terminologiczny.

⁶ u.o.z.o.z.

⁷ Ustawa z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (t.j. Dz.U. z 2018, poz. 1945); dalej jako: u.p.z.p.

⁸ u.p.z.p.

⁹ Art. 3 pkt 1 *in fine* w zw. z art. 3 pkt 2 u.o.z.o.z.

W tym kontekście należy również przywołać znaczenie pojęcia „dobro kultury”, a także stwierdzić, że pojęcia „zabytek” i „dobro kultury” nie są tożsame, bo jak słusznie zauważa P. Dobosz: „pojęciem zakresowo szerszym niż »zabytek« jest termin »dobro kultury«, które zawiera w sobie nie tylko zabytki *sensu stricto*, ale i inne dobra, będące świadectwem rozwoju kulturalnego społeczeństwa”¹⁰. Obecnie w polskim ustawodawstwie brakuje definicji „dobra kultury”. Dla celów porównawczych można zatem wskazać definicję „dobra kultury” zawartą w art. 2 uchylonej ustawy z dnia 15 lutego 1962 r. o ochronie dóbr kultury: „Dobrem kultury w rozumieniu ustawy jest każdy przedmiot ruchomy lub nieruchomy, dawny lub współczesny, mający znaczenie dla dziedzictwa i rozwoju kulturalnego ze względu na jego wartość historyczną, naukową lub artystyczną”¹¹. Ponadto B. Banaszak stwierdza, że: „pojęcie [dobra kultury] odwołuje się do jego powszechnego rozumienia jako przedmioty, środki i wartości składające się na materialny i duchowy dorobek narodu polskiego”¹².

Konkludując rozważania nad problematyką definicyjną należy stwierdzić, że „dobro kultury” musi mieć ważne znaczenie dla dziedzictwa i tożsamości kulturowej, historycznej oraz duchowej danej społeczności lub narodu, a także zawiera w sobie zarówno materialne, jak również niematerialne dziedzictwo kulturowe. Można zatem stwierdzić, że ustawodawca przyjmując definicję legalną „dobra kultury współczesnej” znacznie zawęził jej zakres poprzez objęcie tym pojęciem tylko dziedzictwa materialnego. Wydaje się to być konieczne z uwagi na cel ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, natomiast należy stwierdzić, że brakuje pełnej definicji „dobra kultury współczesnej”. Zamiast pojęcia „dobro kultury współczesnej” należałoby wprowadzić pojęcie „zabytek kultury współczesnej”, co przyczyni się do wprowadzenia spójności systemu prawnego w tym zakresie. Należy także podkreślić, że na potrzeby u.p.z.p., a konkretnie planowania i zagospodarowania przestrzennego, jak i procesu inwestycyjnego, rozszerzenie pojęcia zabytku o zabytek kultury współczesnej jest konieczne.

3. Ochrona zabytków i dóbr kultury współczesnej w procesie inwestycyjnym na podstawie ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym¹³

Planowanie przestrzenne jest jednym z kluczowych zadań samorządu terytorialnego, a szczególnie gminy. W gminie w planowanie przestrzenne zaangażowany jest organ stanowiący, jak również wykonawczy. Zgodnie z art. 18 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym do wyłącznej właściwości rady gminy należy „uchwalanie studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy oraz miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego”¹⁴. Procedurę planowania przestrzennego w gminie precyzuje rozdział 2 u.p.z.p. Zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy

¹⁰ P. Dobosz, *op.cit.*, s. 78.

¹¹ Ustawa z dnia 15 lutego 1962 r. o ochronie dóbr kultury (t.j. Dz.U. z 1999, Nr 98, poz. 1150 ze zm.).

¹² B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 76-77.

¹³ Autor w artykule przyjął dokonanie analizy u.p.z.p. oraz u.o.z.o.z. oddzielnie a nie problemowo z uwagi na systematykę poszczególnych ustaw.

¹⁴ Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz.U. z 2018, poz. 994 ze zm.).

o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym uchwałę o przystąpieniu do sporządzania studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy powinna podjąć rada gminy. Następnie studium sporządza wójt, burmistrz albo prezydent miasta, czyli organ wykonawczy gminy, które po sporządzeniu powinno być uchwalone przez radę gminy (art. 12 ust. 1 u.p.z.p.).

Przechodząc do regulacji mających na celu ochronę zabytków i dóbr kultury współczesnej należy wskazać, że opracowując studium organ wykonawczy gminy uwzględnia stan dziedzictwa kulturowego i zabytków oraz dóbr kultury współczesnej (art. 10 ust. 1 pkt 4 u.p.z.p.). Ponadto, zgodnie z art. 10 ust. 2 pkt 4 u.p.z.p., w studium określa się „obszary i zasady ochrony dziedzictwa kulturowego i zabytków oraz dóbr kultury współczesnej”¹⁵. Organ wykonawczy gminy po sporządzeniu projektu studium występuje o opinię w zakresie przyjętych rozwiązań także do właściwego wojewódzkiego konserwatora zabytków (art. 11 pkt 5 lit. c u.p.z.p.) Opinie mają charakter niewiążący, a zatem nawet pomimo sprzeciwu wojewódzkiego konserwatora zabytków w zakresie przyjętych rozwiązań dotyczących zabytków i dóbr kultury współczesnej, wójt, burmistrz albo prezydent miasta może podtrzymać projekt studium. Można zatem stwierdzić, że wpływ fachowego organu chroniącego dobra kultury ma charakter iluzoryczny.

Z punktu widzenia procesu inwestycyjnego kluczowy jest miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego, który jest aktem prawa miejscowego (art. 14 ust. 8 u.p.z.p.). Analogicznie jak w przypadku studium, rada gminy podejmuje uchwałę o przystąpieniu do sporządzania miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, który następnie jest opracowywany przez organ wykonawczy gminy (art. 15 ust. 1 u.p.z.p.) i uchwalany przez radę gminy (art. 20 ust. 1 u.p.z.p.).

W miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego należy obowiązkowo określić „zasady ochrony dziedzictwa kulturowego i zabytków, w tym krajobrazów, oraz dóbr kultury współczesnej”¹⁶ (art. 15 ust. 2 pkt 4 u.p.z.p.). Po podjęciu przez radę gminy uchwały o przystąpieniu do sporządzania miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego wójt, burmistrz albo prezydent miasta jest ustawowo zobligowany do uzgodnienia projektu planu z „właściwym wojewódzkim konserwatorem zabytków w zakresie kształtowania zabudowy i zagospodarowania terenu”¹⁷ (art. 17 pkt 6 lit. b tiret 8 u.p.z.p.). Należy podkreślić, że w porównaniu do projektu studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego, gdzie występuje obligatoryjna opinia właściwego wojewódzkiego konserwatora zabytków, mająca charakter niewiążący, przy projekcie miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego organ wykonawczy gminy musi uzgodnić projekt z właściwym wojewódzkim konserwatorem zabytków. Uzgodnienie ma charakter wiążący, a zatem organ powołany do sprawowania ochrony nad zabytkami ma realny instrument, aby należycie chronić dobra kultury.

Podkreślenia wymaga również ustawowy obowiązek współpracy właściwego wojewódzkiego konserwatora zabytków przy sporządzaniu projektu studium i planu

¹⁵ u.p.z.p.

¹⁶ u.p.z.p.

¹⁷ u.p.z.p.

miejscowego poprzez wyrażanie opinii, udostępnianie informacji i składanie wniosków (art. 23 w związku z art. 11 pkt 5 lit. c oraz art. 17 pkt 6 lit. b tiret 8 u.p.z.p.).

Rada gminy może także uchwałą ustalić „zasady i warunki sytuowania obiektów małej architektury, tablic reklamowych i urządzeń reklamowych oraz ogrodzeń, ich gabaryty, standardy jakościowe oraz rodzaje materiałów budowlanych, z jakich mogą być wykonane”¹⁸ (art. 37a ust. 1 u.p.z.p.). Projekt uchwały przygotowuje organ wykonawczy gminy (art. 37b ust. 1 u.p.z.p.), który jest zobligowany ustawowo do uzgodnienia projektu uchwały z wojewódzkim konserwatorem zabytków „w zakresie kształtowania zabudowy i zagospodarowania terenu”¹⁹ (art. 37b ust. 2 pkt 4 u.p.z.p.). Jest to bardzo ważna kompetencja wojewódzkiego konserwatora zabytków, ponieważ uzgodnienie ma charakter wiążący, a uchwała może znacznie ingerować w zabytki, ale także poprzez odpowiednie przepisy umożliwić właściwe utrzymanie ich autentyczności i integralności. W tym kontekście należy podkreślić, że urządzenia reklamowe mogą w znaczący sposób zagrozić autentyczności i integralności zabytku, a także narazić zabytek na oszpecenie.

Ustawodawca w rozdziale 2a u.p.z.p. wyróżnia także planowanie przestrzenne na obszarze metropolitalnym. Związek metropolitalny²⁰ jest zrzeszeniem jednostek samorządu terytorialnego w danym obszarze metropolitalnym²¹. Zgodnie z art. 12 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 9 marca 2017 r. o związku metropolitalnym w województwie śląskim do zadań publicznych związku metropolitalnego należy kształtowanie ładu przestrzennego²². W tym zakresie związek metropolitalny jest zobligowany do sporządzenia dla całego obszaru metropolitalnego ramowego studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego związku metropolitalnego (art. 37o ust. 1 u.p.z.p.). Studium musi określać: „zasady i obszary ochrony (...) dziedzictwa kulturowego i zabytków oraz dóbr kultury współczesnej, mających znaczenie dla całości obszaru metropolitalnego, w szczególności w odniesieniu do sposobów realizacji infrastruktury technicznej”²³ (art. 37o ust. 2 pkt 2 u.p.z.p.). Ponadto, zgodnie z art. 37o ust. 8 w związku z art. 11 pkt 5 lit c u.p.z.p., projekt studium musi zostać zaopiniowany przez właściwego wojewódzkiego konserwatora zabytków, analogicznie jak w przypadku projektu gminnego studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego.

Planowanie przestrzenne leży także w kompetencjach samorządu województwa. Po pierwsze, dla obszaru województwa przynajmniej raz na 20 lat należy sporządzić audyt krajobrazowy (art. 39a ust. 1 u.p.z.p.). Audyt jest sporządzany przez zarząd województwa (art. 38b ust. 1 u.p.z.p.), który przed przedłożeniem projektu audytu do uchwalenia sejmikowi województwa musi wystąpić o opinię od wojewódzkiego konserwatora zabytków (art. 38b ust. 2 pkt 2 lit. c u.p.z.p.). Opinia ma co prawda charakter niewiążący,

¹⁸ u.p.z.p.

¹⁹ u.p.z.p.

²⁰ Zob. więcej: M. Augustyniak, *Samorząd terytorialny* [w:] *Prawo administracyjne* red. M. Zdyb, J. Stelmasiak, Warszawa 2016, s. 423–427; J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2016, s. 323–324.

²¹ *Ibidem*, s. 423.

²² Ustawa z dnia 9 marca 2017 r. o związku metropolitalnym w województwie śląskim (t.j. Dz.U. z 2017, poz. 730).

²³ u.p.z.p.

ale należy wskazać, że jest to audyt, a nie akt prawny mogący ingerować w zabytki lub dobra kultury współczesnej, a zatem opinia w tym przypadku jest wystarczająca.

Po drugie, samorząd województwa posiada kompetencje w zakresie uchwalania planu zagospodarowania województwa. Po podjęciu przez sejmik województwa uchwały o przystąpieniu do sporządzania planu zagospodarowania województwa jest on opracowywany dla administracyjnego obszaru danego województwa (art. 39 ust. 1 i 2 u.p.z.p.). W planie obligatoryjnie określa się: „system obszarów chronionych, w tym obszary ochrony (...) dziedzictwa kulturowego i zabytków oraz dóbr kultury współczesnej”²⁴ (art. 39 ust. 3 pkt 2 u.p.z.p.).

Uchwalanie studiów i planów zagospodarowania przestrzennego nie tylko jest kompetencją, ale również obowiązkiem odpowiednio rad gmin i sejmików województw. Kluczowe znaczenie dla większości inwestycji mają gminne miejscowe plany zagospodarowania przestrzennego. Niestety w praktyce nie wszystkie gminy wypełniają obowiązek sporządzenia studiów i planów zagospodarowania przestrzennego. Wynika to z czasochłonności wykonania planu, odpowiedzialności, a także konieczności dokładnego jego sporządzenia. Ponadto na taką sytuację wpływa brak konsekwencji prawnych, wynikających z braku uchwalenia studiów i planów, a także alternatywne rozwiązanie w postaci możliwości wydawania przy braku miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu (art. 4 ust. 2 u.p.z.p.), jak i decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego.

Inwestycja celu publicznego powinna być lokalizowana na podstawie miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, a jeżeli nie został on uchwalony – właśnie poprzez decyzję o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego (art. 50 ust. 1 u.p.z.p.). W zakresie inwestycji celu publicznego decyzje z art. 51 ust. 1 u.p.z.p.²⁵ właściwe organy wydają dopiero po uzgodnieniu z m.in. wojewódzkim konserwatorem zabytków „w odniesieniu do obszarów i obiektów objętych formami ochrony zabytków, o których mowa w art. 7²⁶ ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami oraz ujętych w gminnej ewidencji zabytków”²⁷ (art. 53 ust. 4 pkt 2 u.p.z.p.). Ponadto, zgodnie z art. 54 pkt 2 lit. b u.p.z.p., decyzja musi określać warunki i szczegółowe zasady zagospodarowania terenu i jego zabudowy, m.in. w zakresie ochrony dziedzictwa kulturowego i zabytków, a także dóbr kultury współczesnej. Na podstawie art. 64 ust. 1 u.p.z.p. powyższe

²⁴ u.p.z.p.

²⁵ „W sprawach ustalenia lokalizacji inwestycji celu publicznego decyzje wydają w odniesieniu do:

- 1) inwestycji celu publicznego o znaczeniu krajowym i wojewódzkim – wójt, burmistrz albo prezydent miasta w uzgodnieniu z marszałkiem województwa;
- 2) inwestycji celu publicznego o znaczeniu powiatowym i gminnym – wójt, burmistrz albo prezydent miasta;
- 3) inwestycji celu publicznego na terenach zamkniętych – wojewoda”; u.p.z.p.

²⁶ „wpis do rejestru zabytków, wpis na Listę Skarbów Dziedzictwa, uznanie za pomnik historii, utworzenie parku kulturowego, ustalenia ochrony w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego albo w decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego, decyzji o warunkach zabudowy, decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, decyzji o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej lub decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji w zakresie lotniska użytku publicznego”; u.o.z.o.z.

²⁷ u.o.z.o.z.

uzgodnienia i warunki w zakresie ochrony dziedzictwa kulturowego i zabytków oraz dóbr kultury współczesnej stosuje się odpowiednio do decyzji o warunkach zabudowy.

Podsumowując tę część rozważań należy stwierdzić, że ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym przewiduje instrumenty służące ochronie zabytków oraz dóbr kultury współczesnej, a niektóre z nich – jak w przypadku wojewódzkich i gminnych planów zagospodarowania przestrzennego – są daleko idące, bo wymagają uzgodnienia z właściwym wojewódzkim konserwatorem zabytków, które ma charakter wiążący. Są to ważne oraz potrzebne przepisy, ponieważ ograniczają one samowolę organów samorządowych, inwestorów, a także właścicieli zabytków oraz dóbr kultury współczesnej i umożliwiają ochronę autentyczności oraz integralności zabytków. Można także za H. Nowak²⁸ wyróżnić następujące obowiązki gminy w zakresie planowania i zagospodarowania przestrzennego:

- sporządzenia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego (art. 14 ust. 7 u.p.z.p. w zw. z art. 16 ust. 6 u.o.z.o.z.); park kulturowy,
- uwzględnienia w ww. planie ochrony dziedzictwa kulturowego, zabytków oraz dóbr kultury współczesnej jako wartości wysoko cenionych²⁹ – podlega to ocenie wojewody, natomiast projekty i zmiany miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego podlegają uzgodnieniu z wojewódzkim konserwatorem zabytków w zakresie kształtowania zabudowy i zagospodarowania terenu (art. 1 ust. 2 pkt 4, art. 10 ust. 1 pkt 4, art. 10 ust. 2 pkt 4, art. 15 ust. 2 pkt 4, art. 17 pkt 6 lit. b tiret 8 u.p.z.p. w zw. z art. 4 pkt 6 oraz art. 18–20 u.o.z.o.z.). Ponadto do form ochrony zabytków wymienionych w art. 7 u.o.z.o.z. należą także ustalenia ochrony w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego,
- uzgodnienia z właściwym wojewódzkim konserwatorem zabytków decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego, warunkach zabudowy, zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, ustaleniu lokalizacji linii kolejowej, zezwoleniu na realizację inwestycji w zakresie lotniska użytku publicznego (art. 7 pkt 4 u.o.z.o.z. oraz art. 53 ust. 4 pkt 2 u.p.z.p.).

Należy także podkreślić za doktryną prawniczą, że normy planowania przestrzennego określone w miejscowych planach zagospodarowania przestrzennego to nie tylko narzędzia zarządzania i kształtowania, ale także ochrony dziedzictwa kulturalnego³⁰. Otwar-

²⁸ H. Nowak, *Działalność planistyczna jednostek samorządu terytorialnego jako forma ochrony zabytków*, [w:] *Dziedzictwo, dobra kultury, zabytki, ochrona i opieka w prawie*, red. P. Dobosz, K. Szepelak, W. Górny, Kraków 2015, s. 305–306. Autor dokonał wyboru przedstawionych sytuacji z artykułu H. Nowak, adekwatnie do tematyki niniejszego artykułu, a także uszczegółowił przepisy prawne w porównaniu z artykułem H. Nowak w tym zakresie.

²⁹ Nowelizacja ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym z 17 października 2010 r. przyniosła zmianę art. 56 zd. 2, od tej pory nie można odmówić wydania decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego i warunkach zabudowy z powodu naruszenia wartości wysoko cenionych, wymienionych w art. 1 ust. 2 ww. ustawy. Może to prowadzić osłabienia wartości wysoko cenionych (także światowego dziedzictwa), choć utrzymano art. 53 ust. 4 pkt. 2 ww. ustawy. Szerzej na ten temat: W. Jakimowicz, *Wolność zabudowy w prawie administracyjnym*, Warszawa 2012, s. 286–288 oraz H. Nowak, *op.cit.*, s. 307–310.

³⁰ P. Dobosz, *op.cit.*, s. 174.

tą pozostaje kwestia, czy niewiążąca opinia właściwego wojewódzkiego konserwatora zabytków w przypadku uchwalania studiów uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego jest wystarczająca, zwłaszcza w przypadku obszarów metropolitalnych. Wydaje się, że przynajmniej w tym ostatnim przypadku studia powinny być uchwalane po uzyskaniu wiążącej zgody właściwego wojewódzkiego konserwatora zabytków. Powinien także istnieć realny instrument prawny służący wyciągnięciu konsekwencji wobec organu samorządowego, który nie uchwalił miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, tak aby decyzje o warunkach zabudowy były tylko nielicznymi wyjątkami.

4. Ochrona zabytków i dóbr kultury współczesnej w procesie inwestycyjnym na podstawie ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami

Ustawa z dnia 23 lipca o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami jest systemową ustawą chroniącą zabytki (ustawodawca w tym przypadku nie chroni dóbr kultury współczesnej³¹). Także ustawa o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami porusza problematykę ochrony zabytków w kontekście planowania oraz zagospodarowania przestrzennego, rozwijając lub uszczegóławiając przepisy mające na celu ochronę zabytków zawarte w ustawie o planowaniu i zagospodarowaniu wewnętrznym.

Zgodnie z art. 16 ust. 1 u.o.z.o.z. może zostać utworzony park kulturowy dla celów ochrony krajobrazu kulturowego, a także zachowania „wyróżniających się krajobrazowo terenów z zabytkami nieruchomymi charakterystycznymi dla miejscowej tradycji budowlanej i osadniczej”³². Odpowiednią uchwałę podejmuje rada gminy po zasięgnięciu opinii od wojewódzkiego konserwatora zabytków. Następnie organ wykonawczy gminy przygotowuje plan ochrony parku kulturowego, który powstaje w uzgodnieniu z wojewódzkim konserwatorem zabytków i wymaga zatwierdzenia przez radę gminy (art. 16 ust. 3 u.o.z.o.z.). Należy podkreślić, że dla obszarów, na których znajduje się park kulturowy, ustawodawca nakłada obowiązek sporządzenia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego (art. 16 ust. 6 u.o.z.o.z.).

Ustawodawca w art. 18 ust. 1 u.o.z.o.z. szczegółowo wymienia akty prawne oraz dokumenty, przy których sporządzaniu i aktualizowaniu należy uwzględnić wymogi ochrony zabytków i opieki nad nimi, a są to m.in. koncepcje przestrzennego zagospodarowania kraju, strategie rozwoju województw, plany zagospodarowania przestrzennego województw, analizy i studia z zakresu zagospodarowania przestrzennego powiatu, strategie rozwoju gmin, studia uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gmin oraz miejscowe plany zagospodarowania przestrzennego albo decyzje o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego, decyzje o warunkach zabudowy, decyzje o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, decyzje o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej lub decyzje o zezwoleniu na realizację inwestycji w zakresie lotniska użytku publicznego. Ponadto ustawodawca w art. 18 ust. 2 u.o.z.o.z. uszczegóławia elementy, które obligatoryjnie powinny zostać ujęte w koncepcjach, strategiach, analizach, planach i studiach

³¹ Taka ochrona może zostać podjęta w przypadku, gdy dla danego dobra kultury współczesnej rozpoczęła się procedura objęcia jedną z form ochrony zabytków wymienioną w art. 7 u.o.z.o.z.

³² u.o.z.o.z.

wymienionych w art. 18 ust. 1 u.o.z.o.z., a są to: krajowy program ochrony zabytków i opieki nad zabytkami, „rozwiązania niezbędne do zapobiegania zagrożeniom dla zabytków, zapewnienia im ochrony przy realizacji inwestycji oraz przywracania zabytków do jak najlepszego stanu”, a także „przeznaczenie i zasady zagospodarowania terenu uwzględniające opiekę nad zabytkami”³³. Analiza semantyczna przepisu art. 18 ust. 2 u.o.z.o.z. wskazuje, że katalog elementów, które powinny znaleźć się w ww. aktach prawnych oraz dokumentach nie ma charakteru enumeratywnego tylko otwarty, a zatem można w nich rozszerzyć i dodatkowo wzmocnić ochronę zabytków.

Kwestia szczegółowego określenia, jakie elementy powinny się znaleźć w studiach uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego, miejscowych planach zagospodarowania przestrzennego, decyzjach, a także uchwałach określających zasady i warunki sytuowania obiektów małej architektury, tablic i urządzeń reklamowych oraz ogrodzeń, jest określona w art. 19 u.o.z.o.z. Zgodnie z art. 19 ust. 1 u.o.z.o.z. w studiach oraz miejscowych planach należy brać pod uwagę ochronę: „zabytków nieruchomych wpisanych do rejestru i ich otoczenia”, „innych zabytków nieruchomych, znajdujących się w gminnej ewidencji zabytków”, jak również parków kulturowych³⁴. Jeżeli rada gminy uchwaliła gminny program opieki nad zabytkami, to także jego ustalenia należy uwzględnić w studiach i miejscowych planach zagospodarowania przestrzennego (art. 19 ust. 2 u.o.z.o.z.). Ponadto w studiach i miejscowych planach można określić strefy ochrony konserwatorskiej, gdzie obowiązują wskazane w planie ograniczenia, zakazy i nakazy mające chronić zabytki na danym obszarze. Ustawodawca w art. 20 u.o.z.o.z. wyróżnia normy określone w ustawie o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, zgodnie z którymi projekty, a także zmiany planu zagospodarowania przestrzennego województwa i miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego w zakresie kształtowania zabudowy i zagospodarowania terenu muszą zostać uzgodnione z wojewódzkim konserwatorem zabytków. W decyzjach o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego, decyzjach o warunkach zabudowy, decyzjach o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, decyzjach o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej lub decyzjach o zezwoleniu na realizację inwestycji w zakresie lotniska użytku publicznego ustawodawca w art. 19 ust. 1a u.o.z.o.z. nakazuje uwzględnienie „zabytków nieruchomych wpisanych do rejestru i ich otoczenia”, a także innych zabytków nieruchomych, które znajdują się w gminnej ewidencji zabytków³⁵. Natomiast, zgodnie z art. 19 ust. 1b u.o.z.o.z., w uchwałach określających zasady i warunki sytuowania obiektów małej architektury, tablic i urządzeń reklamowych oraz ogrodzeń należy uwzględnić „ochronę zabytków nieruchomych wpisanych do rejestru i ich otoczenia”, ochronę innych zabytków nieruchomych, które znajdują się w gminnej ewidencji zabytków, a także „wnioski i rekomendacje audytów krajobrazowych oraz plany ochrony parków krajobrazowych”³⁶. Należy podkreślić w odniesieniu do wszystkich wskazanych ustawowo określonych elementów, które obligatoryjnie muszą zostać uwzględnione w studiach, planach, decyzjach i uchwałach, że ich katalog nie jest enumera-

³³ u.o.z.o.z.

³⁴ u.o.z.o.z.

³⁵ u.o.z.o.z.

³⁶ u.o.z.o.z.

tywnie określony, tylko ma charakter otwarty (zwrot „w szczególności”). W konsekwencji odpowiednie organy mogą przyjąć szerszą i mocniejszą ochronę zabytków.

Wojewódzki konserwator zabytków, jak również działający na podstawie jego upoważnienia pracownicy wojewódzkiego urzędu ochrony zabytków mogą przeprowadzać kontrole przestrzegania oraz stosowania przepisów, dotyczących ochrony zabytków i opieki nad zabytkami (art. 38 ust. 1 u.o.z.o.z.), a zatem czynności kontrolne wojewódzki konserwator zabytków może podejmować w odniesieniu do ochrony zabytków, a nie dóbr kultury współczesnej. Problematyczna kwestia dóbr kultury współczesnej jest zauważana w literaturze przedmiotu³⁷. Szczególnie zwraca się uwagę na brak możliwości podjęcia działań ochronnych dóbr kultury współczesnej przez wojewódzkiego konserwatora zabytków, dlatego przepisy ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym mogą pozostać martwe w zakresie ochrony tych dóbr. Jedynym rozwiązaniem jest coraz częstsze inicjowanie procedury wpisu do rejestru zabytków w sytuacji zagrożenia danego dobra. Jednakże należy wskazać, że działania te mają charakter *ad hoc*, są spontaniczne, chaotyczne i wybiórcze. Można zatem stwierdzić, że w tym względzie brakuje systemowego rozwiązania³⁸.

Warto zasygnalizować, że ważna jest także ochrona otoczenia zabytku, co jest szczególnie ważne z punktu widzenia ochrony autentyczności, a szczególnie integralności zabytku. Zgodnie z art. 3 pkt 15 u.z.o.z. otoczenie to „teren wokół lub przy zabytku wyznaczony w decyzji o wpisie tego terenu do rejestru zabytków w celu ochrony wartości widokowych zabytku oraz jego ochrony przed szkodliwym oddziaływaniem czynników zewnętrznych”³⁹. Również szereg innych przepisów u.o.z.o.z. (art. 5 pkt 3, art. 9 ust. 2, art. 19 ust. 1 pkt 1, art. 19 ust. 1a pkt 1, art. 19 ust. 1b pkt 1, art. 25 ust. 1 pkt 3, art. 36 ust. 1 pkt 2, art. 43 ust. 1 pkt 2 u.o.z.o.z.) odnosi się do ochrony otoczenia zabytku. Należy także podkreślić, że analiza art. 13 ust. 3 u.o.z.o.z. (skreślenie zabytku z rejestru zabytków powoduje skreślenie również otoczenia zabytku) pozwala stwierdzić, że ochrona otoczenia zabytku ma charakter akcesoryjny wobec ochrony zabytku. W odniesieniu do dóbr wpisanych na Listę Światowego Dziedzictwa Kulturalnego i Naturalnego UNESCO kluczowa jest również ochrona tzw. strefy buforowej⁴⁰ danego dobra.

5. Ochrona autentyczności i integralności zabytków⁴¹ w kontekście planowania i zagospodarowania przestrzennego

Na wstępie rozważań należy podkreślić, że w aktach prawa polskiego – źródłach prawa powszechnie obowiązującego w Polsce – brak jest *expressis verbis* uregulowań prawnych

³⁷ Zob. więcej: A. Siwek, *Między zabytkiem a dobrem kultury współczesnej*, Kurier Konserwatorski 10/2011, s. 5–11.

³⁸ *Ibidem*, s. 11.

³⁹ u.o.z.o.z.

⁴⁰ Zob. A. Kozień, *Zadania i kompetencje gminy Kraków w zakresie ochrony światowego dziedzictwa* [w:] *Samorząd terytorialny, architektura, dzieła sztuki, prawo*, red. P. Dobosz, W. Górny, A. Mazur, B. Mazurek, A. Kozień, Kraków 2018, s. 352–353.

⁴¹ Zob. więcej: A. Kozień, *Autentyczność i integralność zabytków w świetle źródeł prawa powszechnie obowiązującego w Polsce*, Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów Uniwersytetu Jagiellońskiego, Nauki społeczne, nr 21 (2/2018), Tom prawniczy.

chroniących autentyczność i integralność zabytków. Natomiast biorąc pod uwagę wykładnię funkcjonalną można stwierdzić, że *sensu largo* Konstytucja RP⁴², ustawa o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym⁴³ oraz ustawa z dnia 24 kwietnia 2015 r. o zmianie niektórych ustaw w związku ze wzmocnieniem narzędzi ochrony krajobrazu⁴⁴ (tzw. „ustawa krajobrazowa”) chronią autentyczność oraz integralność zabytków, ponieważ nie jest możliwa właściwa ochrona zabytków bez ochrony autentyczności oraz integralności, których zachowanie stanowi o wartości materialnej, a także niematerialnej (duchowej) danego zabytku.

Analizując poziom międzynarodowy należy stwierdzić, że z niektórych wiążących Polskę aktów prawa międzynarodowego, takich jak Konwencja o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego, podpisana w Hadze w 1954 r.⁴⁵, Konwencja dotycząca środków zmierzających do zakazu i zapobiegania nielegalnemu przywozowi, wywozowi i przenoszeniu własności dóbr kultury, sporządzona w Paryżu dnia 17 listopada 1970 r.⁴⁶, Konwencja w sprawie ochrony światowego dziedzictwa kulturalnego i naturalnego przyjęta w Paryżu dnia 16 listopada 1972 r.⁴⁷, Konwencja o ochronie dziedzictwa architektonicznego Europy, sporządzonej w Grenadzie dnia 3 października 1985 r.⁴⁸ wynika, zgodnie z wykładnią celowościową, ochrona autentyczności oraz integralności zabytków w podobnym znaczeniu jak w aktach prawa polskiego – źródłach prawa powszechnie obowiązującego w Polsce.

Jednakże należy podkreślić, że są akty prawa międzynarodowego wiążące lub podpisane przez Polskę, które chronią *sensu stricto* autentyczność oraz integralność zabytków. Mają one wpływ na proces inwestycyjny, obejmujący zabytki lub ich okolice. Po pierwsze, należy wskazać Międzynarodową Kartę Konserwacji i Restauracji Zabytków i Miejsc Zabytkowych – tzw. Kartę Wenecką z 1964 r.⁴⁹, w tym szczególnie art. 11 stanowiący domniemanie ochrony późniejszej warstwy zabytkowej, a także art. 14 chroniący integralność miejsc o charakterze zabytkowym. Po drugie, można przedstawić Międzynarodową Kartę Ochrony Miast Historycznych ICOMOS, Toledo-Waszyngton 1987 r.⁵⁰,

⁴² Normy z Preambuły, art. 5 oraz 6 ust. 1 Konstytucji RP; Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997, Nr 78, poz. 483 ze zm.).

⁴³ Szczególnie funkcjonalna wykładnia art. 1 ust. 2 pkt 4 u.p.z.p.

⁴⁴ Ustawa z dnia 24 kwietnia 2015 r. o zmianie niektórych ustaw w związku ze wzmocnieniem narzędzi ochrony krajobrazu (t.j. Dz.U. z 2015, poz. 774 ze zm.).

⁴⁵ Konwencja o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego wraz z regulaminem wykonawczym do tej Konwencji oraz Protokół o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego, podpisane w Hadze dnia 14 maja 1954 r. (Dz.U. z 1957, Nr 46, poz. 212).

⁴⁶ Konwencja dotycząca środków zmierzających do zakazu i zapobieganiu nielegalnemu przywozowi, wywozowi i przenoszeniu własności dóbr kultury, sporządzona w Paryżu dnia 17 listopada 1970 r. (Dz.U. z 1974, Nr 20, poz. 106).

⁴⁷ Konwencja w sprawie ochrony światowego dziedzictwa kulturalnego i naturalnego, przyjęta w Paryżu dnia 16 listopada 1972 r. (Dz.U. z 1976, Nr 32, poz. 190).

⁴⁸ Konwencja o ochronie dziedzictwa architektonicznego Europy, sporządzona w Grenadzie dnia 3 października 1985 r. (Dz.U. z 2012, poz. 210).

⁴⁹ Międzynarodowa Karta Konserwacji i Restauracji Zabytków i Miejsc Zabytkowych (Karta Wenecka), Wenecja 1964, <http://www.icomos-poland.org/index.php/dokumenty-doktrynalne>, 15.02.2019.

⁵⁰ Międzynarodowa Karta ochrony miast historycznych ICOMOS, Toledo-Waszyngton 1987, <http://www.icomos-poland.org/index.php/dokumenty-doktrynalne>, 15.02.2019.

która odnosi się także do ochrony autentyczności oraz integralności miast lub obszarów zabytkowych. Należy szczególnie podkreślić art. 10 Karty, ponieważ może on mieć znaczący wpływ na proces inwestycyjny poprzez ograniczenie wprowadzania elementów o charakterze współczesnym, jeżeli doprowadziłoby to do zaszkodzenia harmonijnej całości zabudowy (ochrona integralności). Po trzecie, należy podkreślić szczególną wagę dóbr i miast wpisanych na Listę Światowego Dziedzictwa Kulturalnego i Naturalnego UNESCO. W tym zakresie należy wskazać Rekomendację UNESCO w sprawie historycznego krajobrazu miejskiego z 2011 r.⁵¹, która chroni autentyczność oraz integralność miast historycznych. Na szczególną uwagę z punktu widzenia procesu inwestycyjnego, a także planowania i zagospodarowania przestrzennego zasługuje pkt 17, który wskazuje na zagrożenia wynikające z niekontrolowanej zmiany gęstości zabudowy oraz rozbudowę miast, a także pkt 24b, który wprost stanowi, że „narzędzia służące zarządzaniu wiedzą i narzędzia planistyczne powinny wspomagać ochronę integralności i autentyczności atrybutów dziedzictwa miejskiego”⁵². W tym kontekście należy wskazać wagę planowania i zagospodarowania przestrzennego miast wpisanych na listę UNESCO, ich obszarów buforowych, a także ochronę historycznego krajobrazu miejskiego⁵³. Autentyczność i integralność jako wartości są także warunkiem wpisania poszczególnych dóbr na Listę UNESCO zgodnie z pkt. 79–86 (dotyczącymi autentyzmu) oraz 87–95 (dotyczącymi integralności) Wytycznych operacyjnych do realizacji Konwencji Światowego Dziedzictwa UNESCO z 2012 r.⁵⁴ Po czwarte, dokumentem w całości odnoszącym się do autentyczności i integralności dziedzictwa kulturowego (także zabytków) jest Dokument z Nara dotyczący autentyzmu⁵⁵. Niestety Dokument z Nara ma charakter programowy, a zatem w kontekście procesu inwestycyjnego jest zbyt ogólny.

Podsumowując tę część rozważań należy stwierdzić, że w każdym akcie planowania i zagospodarowania przestrzennego, a także decyzji w procesie inwestycyjnym należy bezwzględnie brać pod uwagę wartości autentyzmu oraz integralności zabytków. Jest to szczególnie ważne przy inwestycjach na obszarach i w dobrach objętych wpisem na Listę UNESCO, ponieważ utrata przez nie autentyczności lub integralności poprzez niewłaściwe decyzje w procesie inwestycyjnym lub akty planowania

⁵¹ Recommendation on the Historic Urban Landscape, including a glossary of definitions, 10th November 2011, tłum. za: http://www.unesco.pl/fileadmin/user_upload/pdf/Rekomendacje/Zalecenie_w_sprawie_krajobrazu_miej_skiego.pdf, 15.02.2019.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Zob. więcej: D. Rodwell, *Evaluations and recommendations of UNESCO and ICOMOS for the conservation of historic cities under national laws* [w:] *Ochrona dziedzictwa kulturowego i materialnego pogranicza*, red. A. Dębiński, L. Pietraszko, Lublin 2011, s. 57–68; H. Landecka, *Miasta historyczne w prawnym systemie ochrony zabytków w Polsce* [w:] *Ochrona dziedzictwa kulturowego i materialnego pogranicza*, red. A. Dębiński, L. Pietraszko, Lublin 2011, s. 91–103; K. Zalasńska, *Ochrona prawna historycznych założeń przestrzennych* [w:] *Ochrona dziedzictwa kulturowego i materialnego pogranicza*, red. A. Dębiński, L. Pietraszko, Lublin 2011, s. 83–89.

⁵⁴ Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention UNESCO, WHC. 15/01, 8th July 2015; tłum. za: <http://www.icomos-poland.org/index.php/dokumenty-doktrynalne>, 15.02.2019.

⁵⁵ The Nara Document on Authenticity, Nara 1994, http://www.nid.pl/pl/Dla_specjalistow/Standardy/Dokumenty_doktrynalne/, 15.02.2019.

i zagospodarowania przestrzennego może skutkować wykreśleniem dobra z Listy UNESCO (*casus* Drezna)⁵⁶.

6. Adaptacyjność zabytku dla potrzeb współczesności

Nie ulega wątpliwości, że powinno się dokonywać adaptacji zabytku dla potrzeb współczesności, która też często jest wykonywana przez właścicieli lub inwestorów. Kwestia adaptacji może być także częścią procesu inwestycyjnego, a nawet powinna być brana pod uwagę przy wydawaniu indywidualnych decyzji dotyczących obiektów zabytkowych. Adaptacyjność zabytku dla potrzeb współczesności umożliwia także ciągły rozwój zabytku, przez co zabytek może spełniać dalej różne funkcje w życiu społecznym. Problematiczną kwestią są granice adaptacji dla potrzeb współczesności tak, aby nie naruszyć autentyczności oraz integralności zabytku. W tym zakresie należy, zgodnie z zasadą proporcjonalności, zastosować takie rozwiązania, które – nie naruszając autentyczności i integralności zabytku – umożliwią jego rozwój poprzez odpowiednie i proporcjonalne dostosowanie do potrzeb współczesności. Jako odpowiedź na ten problem można przykładowo wskazać uregulowania prawne zawarte w art. 5 Karty Weneckiej, który stanowi, że ingerencja w zabytek jest możliwa tylko w zakresie użytkowania na cele użyteczne społecznie, a także nie może ona prowadzić do zmiany układu bądź wystroju budowli. Można zauważyć, że w polskim systemie prawnym kompetencje związane z ochroną autentyczności i integralności oraz adaptacyjności zabytków, a także granic ingerencji w zabytek, przynależą wojewódzkiemu i Generalnemu Konserwatorowi Zabytków (rozdział 3 u.o.z.o.z., a także w zakresie kontroli – rozdział 4 u.o.z.o.z.). Przykładami ingerencji w zabytek dla celów użyteczności społecznej mogą być: urządzenia sanitarne, urządzenia chroniące bezpieczeństwo ludzi, urządzenia dla osób niepełnosprawnych. Jednakże należy stwierdzić, że nawet urządzenia użyteczne społecznie nie mogą naruszać układu i wystroju budowli. Dla właścicieli oraz inwestorów kluczowe, oprócz przepisów prawa bezwzględnie obowiązującego, są decyzje administracyjne.

7. Uwagi *de lege ferenda* w odniesieniu do ochrony zabytków oraz dóbr kultury współczesnej w planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym

Dokonując analizy ochrony zabytków i dóbr kultury współczesnej w zakresie planowania i zagospodarowania przestrzennego można dostrzec kilka mankamentów obecnego ustawodawstwa. Po pierwsze, należy wskazać, że otwartą kwestią pozostaje, czy przy sporządzaniu studiów uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy nie powinny być wymagane wiążące uzgodnienia z właściwym wojewódzkim konserwatorem zabytków. Natomiast studium dla obszaru metropolitalnego powinno podlegać uzgodnieniu, a nie tylko zaopiniowaniu, z właściwym wojewódzkim

⁵⁶ M. Rouba, *Zadania władz publicznych w zakresie ochrony i opieki nad zabytkami w Rzeczypospolitej Polskiej ze szczególnym uwzględnieniem obiektów wpisanych na Listę Światowego Dziedzictwa Kulturalnego i Naturalnego UNESCO*, Toruń 2013, s. 194-195.

konserwatorem zabytków. Po drugie, można dostrzec dużą nieścisłość ustawową odnośnie do dóbr kultury współczesnej, ponieważ z jednej strony muszą one być uwzględnione w studiach i planach zagospodarowania przestrzennego na podstawie ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, natomiast z drugiej strony wojewódzki konserwator zabytków, na podstawie ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, nie posiada odpowiednich systemowych instrumentów prawnych ochrony takich dóbr. Jedynym wyjściem jest rozpoczęcie procedury wpisu do rejestru zabytków w sytuacji istnienia zagrożenia takiego dobra, ale jest to działanie spontaniczne i *ad hoc*, przez co obniża prestiż, a także sprawność działania wojewódzkiego konserwatora zabytków. W tym zakresie należy wskazać, że z punktu widzenia spójności systemu prawnego pojęcie „dobra kultury współczesnej” powinno zostać zastąpione przez pojęcie „zabytek kultury współczesnej”, a następnie ustawodawca powinien objąć ochroną wojewódzkiego konserwatora zabytków w ustawie o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami – zabytki kultury współczesnej. Po trzecie, autentyczność oraz integralność zabytków powinna być *sensu stricto* chroniona zarówno w ustawie o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, jak również w ustawie o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Po czwarte, należy określić zakres ingerencji w zabytek przez właścicieli oraz inwestorów, szczególnie w procesie inwestycyjnym, tak aby nie naruszyć jego autentyczności oraz integralności. Granice te muszą zostać określone także w odniesieniu do adaptacji zabytku dla potrzeb współczesności (w zakresie użytkowania na cele użyteczne społecznie). Po piąte, wszelkie studia, plany, a także indywidualne decyzje powinny chronić nie tylko sam zabytek, ale także jego obszar buforowy. Po szóste, w ustawie o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym powinna zostać uregulowana kwestia ochrony obiektów wpisanych na Listę UNESCO, ze szczególnym uwzględnieniem planowania przestrzennego i procesu inwestycyjnego. Po siódme, w ustawie o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym powinny zostać określone konsekwencje prawne za niewywiązanie się przez organy jednostek samorządu terytorialnego z obowiązku sporządzenia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, tak aby decyzje o warunkach zabudowy były rzeczywiście wyjątkami, a nie regułą działania organów jednostek samorządu terytorialnego w procesie inwestycyjnym. Po ósme, należy podkreślić, że ochrona zabytków i dóbr kultury współczesnej powinna być zawsze rzetelnie brana pod uwagę w procesach inwestycyjnych.

8. Podsumowanie

Reasumując, ochrona zabytków i dóbr kultury współczesnej jest kluczowym elementem planowania oraz zagospodarowania przestrzennego, a także każdego procesu inwestycyjnego. W pracy dokonano analizy aktów prawa polskiego i międzynarodowego – źródeł prawa powszechnie obowiązującego w Polsce pod kątem granic ochrony zabytków i dóbr kultury współczesnej w planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, a także sformułowano w tej kwestii uwagi *de lege ferenda*. Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym wprowadza instrumenty prawne pozwalające na ochronę zabytków oraz dóbr kultury współczesnej, które są uzupełniane i rozszerzane w ustawie

o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. W niektórych obszarach, takich jak dobra kultury współczesnej, brakuje synchronizacji przepisów obu wskazanych ustaw. Problemem w Polsce jest to, że nie wszystkie organy jednostek samorządu terytorialnego wypełniają ustawowy obowiązek uchwalenia miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego. W konsekwencji regułą, która powinna być wyjątkiem, staje się wydawanie indywidualnych decyzji o warunkach zabudowy. Przez to trudno holistycznie chronić zabytki i dobra kultury współczesnej, a zatem konieczne jest sytuacyjne podejście do każdej decyzji o warunkach zabudowy. Sytuację pogarsza dodatkowo brak ochrony dóbr kultury współczesnej ze strony wojewódzkiego konserwatora zabytków, przez co ochrona dóbr kultury współczesnej może stać się iluzoryczna. Nie ulega wątpliwości, że kluczowe dla ochrony zabytków jest zachowanie ich autentyczności i integralności, co można interpretować *sensu stricto* z prawa międzynarodowego. Ważną kwestią jest także dostosowanie zabytków do potrzeb współczesnego społeczeństwa, ale z zachowaniem ich autentyczności oraz integralności. Należy także podkreślić, że ważna jest także ochrona obszaru wokół zabytku lub dobra kultury współczesnej. Niewłaściwe inwestycje w okolicy zabytku lub dobra kultury współczesnej mogą doprowadzić do znacznego obniżenia ich materialnej i niematerialnej wartości, a także zagrozić ich integralności. Należy podkreślić wagę dóbr wpisanych na Listę UNESCO, które posiadają szczególny reżim prawny. Ponadto w procesach inwestycyjnych należy dbać nie tylko o ochronę pojedynczych zabytków lub dóbr kultury współczesnej, ale także chronić zespoły, a szczególnie historyczne centra miast. Można zatem stwierdzić, że w planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym konieczne jest podejście holistyczne. Z tego względu kluczowe jest sporządzanie miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego, które w znacznym stopniu uniemożliwią podejmowanie decyzji *ad hoc*, bez szerokiego spojrzenia na całość zagospodarowania przestrzennego danego terenu.

Inwestycje umożliwiają rozwój, postęp technologiczny i wzrost gospodarczy miast, miejscowości, gmin, powiatów, województw, a w konsekwencji całego kraju. Jednakże inwestycje nie mogą doprowadzić do zniszczenia dziedzictwa kulturalnego budowanego przez ponad tysiąc lat przez naszych przodków. Wszelkie inwestycje muszą być przemyślane oraz umiejętnie dostosowane do otoczenia, w którym powstają, a także zgodne z prawem powszechnie obowiązującym w Polsce, które powinno tworzyć jasne i skuteczne instrumenty ochrony zabytków i dóbr kultury współczesnej.

* * *

Borderlands of Monuments Protection and Contemporary Cultural Goods in Planning and Zoning

In the article a holistic analysis of sources of law binding in Poland was provided, which define legal position of monuments and contemporary cultural goods in planning and zoning. Problems of authenticity, integrity and possibilities of conversion work of monuments having in mind planning and zoning were discussed. Differences in protection of monuments and contemporary cultural goods were also noticed. Basing on the analysis, *de lege ferenda* remarks were formulated.

They were defined by some realistic examples, which should be solved by legislator. Moreover, some original suggestions of changes in law regulations in Poland were enclosed.

Key words: contemporary cultural good, planning and zoning, legal protection, monument